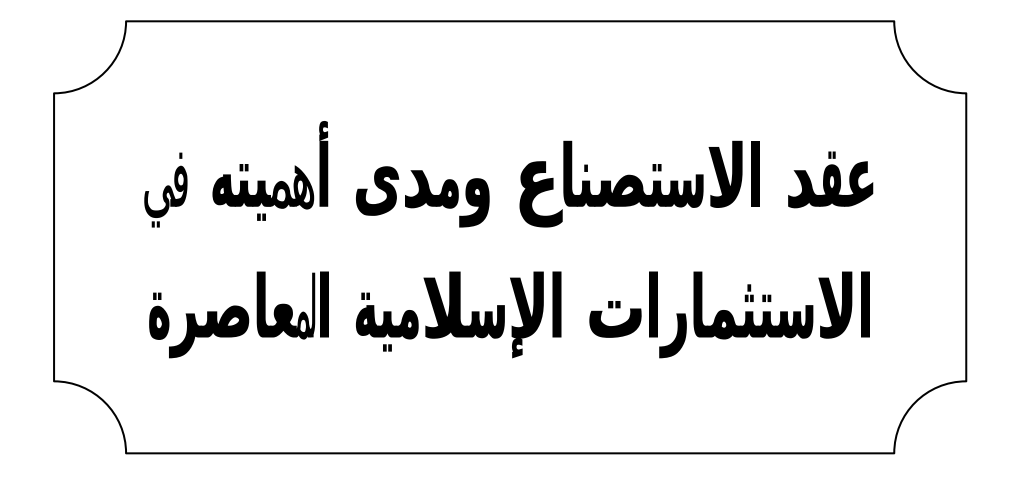


البنك الإسلامي للتنمية

المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب



عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة

أ.د. مصطفى أحمد الزرقا

سلسلة محاضرات العلماء البارزين

رقم (12)

ح المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب, 1420هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الزرقا, مصطفى أحمد

عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة – جدة
54ص, 17سم × 24سم
ردمك: × - 42 – 627- 9660

أ – العنوان
15/3777
رقم الإيداع : 15/3777
ردمك: × - 42 – 627- 9960

بسم الله الرحمن الرحيم

المـحـتـويـات

الصفحة

الصفحة

تقديم

قامت رسالة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية على المبادرة بتقديم الدراسات والبحوث والتدريب في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء في جوانب الحياة الاقتصادية والمالية والمصرفية للشعوب والمجتمعات الإسلامية, وذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية تأسيس البنك التي صادفت عليها حتى عام 1416هـ ثمان وأربعون دولة إسلامية في آسيا وإفريقيا وأوربا.

في إطار تنشيط البحوث والدراسات في جوانب الاقتصاد الإسلامي, أقام المعهد برنامجا للمحاضرات في جوانب فقهية أساسية ذات تأثير محوري على البنية الأساسية للفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر. ولقد بدأ هذا البرنامج في شهر المبارك من العام 1413هـ حيث قدمت من كل رمضان ثلاثة أبحاث رائدة في مسائل فقهية أساسية ذات تأثير على الفكر الاقتصادي والمالي في الإسلام.

ويأتي البحث الراهن حول فقه " عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة" واحدا من هذه الدرر الرمضانية الثمينة. وقد ألقى في مقر البنك الإسلامي للتنمية بجدة في رمضان 1414هـ.

أما المحاضر فهو فضيلة الأستاذ الكبير الشيخ مصطفى أحمد الزرقا, وهو غني عن التعريف فهو – دون منازع – من أكابر الفقهاء المعاصرين, أمد الله بعمره ونفع به, وهو الذي مازال, منذ أكثر من خمسين سنة, يعرض الفقه الإسلامي في ثوب جديد قشيب, وذلك من خلال المؤلفات والمحاضرات العديدة في مختلف جوانب الفقه الإسلامي.

وهو يقدم في بحثه حول فقه عقد الاستصناع الإطار الشرعي الإسلامي لهذا العقد, وشروطه وآفاقه الفقهية, ثم يستعرض سنن التطبيقات المعاصرة له في الاستثمار الإسلامي في المعاملات المالية والاقتصادية الحديثة.

والله نسأل أن يجعل هذا الجهد المبارك إضافة مفيدة إلى المكتبة الإسلامية, يسترشد ا الباحثون في الاقتصاد الإسلامي, ويستهدي ا طلاب الحقيقة والصلاح, وأن ينفع ا المسلمين في جميع أقطارهم ومجتمعا م.

د. محمد فهيم خان

مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية

مقــــدمة

هذا البحث يدور على ثلاثة محاور:

المحور الأول:

- **عقد الاستصناع في ذاته: حقيقته ومشروعيته وضرورته, واختلاف المذاهب والآراء الفقهية فيه, وهل هو مستقل له خصائصة, أو ملحق بأحد العقود والمعروفة التقليدية؟ , وتعريفه وتكييفه. وآثاره وما إلى ذلك, بصورة إجمالية تؤدي الغاية من بحث يقدم في ندوة, دون تغلغل في الأحكام الفرعية, وتفصيل في الآراء والأدلة مما محله الكتب.**

المحور الثاني:

- **هو : مدى أهمية عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة: وماذا يلبي من الاحتياجات الزمنية, ويفتح من أبواب للاستثمارات الإسلامية كانت تضيف عنها العقود الأخرى غير عقد الاستصناع الذي تميز عما يشا ه من العقود وهي : الإجارة, والسلم, والبيع المطلق (العادي).**

المحور الثالث:

- **هل يجوز للصانع البائع في الاستصناع اشتراط براءته من ضمان عيوب المبيع, وهو اشتراط أجازه مطلقا في البيع العادي بعض الفقهاء, ومنعه آخرون إلا في حالات خاصة.**

أن تحرير القول في هذه المسألة المستجدة التي سكت عنها قدامى الفقهاء مهم جداً لسلامة تطبيق عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية اليوم. وهذا الشرط (أي براءة البائع الصناع من العيب الذي قد يظهر في المصنوع) هو بلا شط مما يهم البنوك الإسلامية به ضده, تملصا من المسئولية عن أي تقصير أو غش أو إهمال قد يرتكبه من استصنعوه من الباطن (أي الصانع الثانوي المحترف الذي يتعاقد معه لتنفيذ عقد الاستصناع), لأن البنوك غير محترفة في صناعة ما تعاقدت على صنعة من عمليات المستصنع.

وسنتكلم فيما يلي في هذه المحاور بهذا الترتيب, متقيدين بهذا الإجمال الذي أشرنا إليه بحسب طبيعة المجال الذي يقدم فيه هذا البحث.

المحور الأول

عقد الاستصناع في ذاته

إيضاحات تمهيدية:

تطورت حاجة العصر الحاضر في أنواع التعامل والعقود تطوراً كبيراً, لعوامل كثيرة تميز ا هذا العصر:

- **منها الابتكارات المذهلة في وسائل الاتصال السريع بين أقطار العالم المتنائية.**
- **ومنها الابتكارات الصناعية لأنواع من السلع لا يمكن تصورها في الماضي القريب – بله البعيد – وتؤدي للإنسان منفعة لم يكن ليحلم ا, أو تسهل له خدمة ضرورية كانت شاقة عليه عملا وكلفة ووقتا, فإذا ا تصبح أيسر ما يكون.**
- **ومن عوامل تطور حاجات العصر أيضا نمو علم الاقتصاد وتوسع آفاقه وتعمقها , واكتشاف مؤشرات فيه ذات دلالة كبيرة الأهمية لم تكن معروفة أو مؤصلة من قبل, مما جعل التعامل التجاري مرتبطا الزمن, موعدا ومددا, ارتباطا وثيقا ودقيقا عظيم التأثير.**

كان من نتائج هذه الخصائص التي تميز ا عصرنا هذا عما سبقه ظهور عقود جديدة لوفاء حاجات لم تكن بارزة أو ملحة في عصور فقهائنا الأوائل, كعقود المقاولات في المباني والمصانع الكبرى والمشاريع والمنشآت الضخمة, كما أبرز هذا العصر أهمية لبعض أنواع التعاقد كانت معروفة بصورة بدائية فأخذت صورة متطورة أخرى كالشركات الحديثة.

وكذلك ظهر في هذا العصر المتطور حاجات إلى أنواع من التعامل كانت الحاجة إليها ضئيلة محدودة النطاق الشخصي, ولكنها اليوم في عصر المشاريع والصناعة والتمويلات الكبرى والائتمانات الضخمة, نرى فيها قابلية لأن تلبي مطالب اقتصادية مهمة, وتحل بعض المشكلات في التعامل لمن يحرصون على التزام قواعد الشريعة الإسلامية وفقهها في معاملا م: كبيع السلم وشركة المضاربة. ولعل أهم ما ينطبق عليه ذلك في هذا ا ال عقد الاستصناع.

لمحة عن نشأة عقد الاستصناع والحاجة إليه:

تعارف الناس عقد الاستصناع من القديم قبل الإسلام, وذلك لأن الحاجة إليه مرتبطة بأسباب طبيعية عامة, وأن الحاجة, كما يقال, هي أم الاختراع وينطبق ذلك على العقود بوجه عام, فإن كل عقد إنما ولد وتعورف طريقا لتحقيق غاية اشتدت حاجة المجتمع إليه. وقد ولد عقد الاستصناع من الحاجة إليه في حياة اجتماعية آخذة في التحضر كما ولد ونشأ من العقود.

- فالإنسان في حياته البدائية الأولى لما اشتدت حاجته إلى سلع ليست عنده وهي موجودة عند غيره, فتح لها باب (المقايضة) التي هي أقدم صورة مبادلة المال بالمال عينا, والتي هي أصلا البيع والشراء بالتراضي.
- ثم لما لم تعد المقايضة كافية لتلبية الحاجة المستمرة في الاتساع, بسبب ضيق النطاق المتاح في المقايضة بين السلع المتعادلة, ابتكرت النقود في صورها البدائية, فأصبح التبادل المتعادل ممكنا بين السلع المطلوبة لراغبها ومقدار من النقود المتعارفة المقبولة معادل لها, فانحلت صعوبة المقايضة بفتح باب لبيع السلع وشرائها بالنقود.

وهذا الفتح الجديد قد ولد حاجة جديدة إلى جعل قطع النقود متفاوتة حجما وقيمة بحسب حاجة المبادلة وحجمها, فنشأ من ذلك عقد الصرف, لمبادلة القطع الكبرى من النقود بقطع أصغر : وهكذا ...

- ثم لما كثرت حاجة الأفراد الذين يحتاج أحدهم إلى ما عند غيره من السلع الإستعمالية الخادمة, لكلي يستعملها مدة قصيرة فقط, ورؤي أن شراء كل ما يحتاج إليه لمدة قصيرة هو أمر عسير جداً غير مستطاع, تولد في هذه الحاجة عقد يستطيع الإنسان فيه أن يدفع جزءا يسيرا من قيمة السلع (التي يريد استعمالها لمدة قصيرة) يعادل المنفعة المحدودة الموقوتة التي يريدها من السلعة, فتولد وتعورف العقد الذي سمي فيها بعد بالإجازة التي لولاها لاضطر كل ذي حاجة إلى سلعة عنده غيره لمدة موقوتة أن يشتريها بكامل ثمنها ثم يطرحها.

ثم لما اتسع نطاق التعامل في كل مجتمع, وظهرت التجارة لتوفير أنواع السلع المختلفة المصادر لمحتاجيها, وأخذت التجارة طريقها في الاتساع, لجأ التجار إلى المداينة والائتمان عندما يكون المشتري ليس لديه حين الشراء كامل الثمن, فيمهله البائع طمعا في توسيع دائرة زبائنه وأرباحه, ويستوفي منه فيما بعد, وظهر بذلك للمداينة مصلحة للطرفين يدور بها دولاب التجارة وتعظم مردوداته.

لكن إبليس للإنسان بالمرصاد, فأخذ يلعب بعقول الناس مستغلا ما عندهم من غريزة الطمع, فأصبح بعض المدينين لا يؤدي دينه في ميعاده, أو يحاول أكله بشتى الأساليب والوسائل وحرمان صاحبه الذي وثق به من حقه, فكثر فساد الذمم لدى بعض الناس, من أمثال ذلك القائل:

إني وجدك لا أقضي الغريم وإن	حان القضاء وما رقت له كبدي
إلا عصا أرزن طارت برايتـها	تنوء ضربتـها بالكف والعضد

(روى هذين البيتين ابن منظور في لسان العرب, مادة (رزن) والأرزن شجر صلب العود تتخذ منه العصا)

واشتدت الحاجة إلى وسيلة لضمان الوفاء, فتولد عقد الرهن لتوثيق الحقوق, وهلم جرا ....

وهكذا نرى أن العقود التي تعارفها الناس في مجتمعا م, وتكونت منها طرق التعامل المتشابكة والائتمان والضمانات, لم تنشأ دفعة واحدة, كما يدون نظام تعاملي اليوم في قانون مكتوب يصدر كاملا: وإنما تولدت ونشأت على التوالي, وتطورت أحكامها الفرعية بحسب الحاجة.

وينطبق ذلك على عقد الاستصناع موضوع بحثنا هذا, فقد تولد وتعارفه الناس في مجتمعا م من القديم لظهور الحاجة الشديدة إليها في النطاق الشخصي, ذلك أن لأفراد الناس في كل مجتمع بعض حاجات تختلف بطبيعتها بين فرد وآخر, فما يصلح منها لواحد لا يصلح لغيره:

فالحذاء الذي يحتذيه الشخص في قدميه مثلا لا يمكن أن يصلح فيه مقاس واحد حجماً وشكلا لأي كان, لاختلاف أقدام الناس رجالا ونساء, ولا سيما أيضا بسبب اختلاف الأعمار.

وكذلك الملابس, فالشخص الجسيم أو الطويل لا يصلح له ما يصلح للنحيف أو القصير, والخاتم الذي كانت تختم به الرسائل منقوشا عليه اسم صاحبه, لا يصلح لغير صاحبه.

أضف إلى ذلك اختلاف الأذواق والرغبات بين الأشخاص, فالحلي التي تصنع من

المعادن النفيسة وترصع بالأحجار الكريمة للتزين قد يريد محتاجها شكلا أو لونا غير ما يريده سواه ويهواه ذوقه.

لذا ظهرت الحاجة واشتدت من القديم إلى أن يوصى الإنسان على بعض أشيائه الخاصة وفق ما يلائم حاجته وذوقه من الأوصاف, لدى من يصنعها له من محترفي صناعتها, وبثمن معين في مدة يتفق عليها, وبمادة وعناصر من عند صانعها, وذلك لصعوبة تجميع تلك العناصر, وبالمقادير التي تحتاج إليها السلعة من قبل راغبها.

هذه هي الصورة الأصلية لعقد الاستصناع, والحاجة التي دعت إلى تعارفه, لأن عقد البيع بصورته العامة التي يتعاقد فيها الناس على البيع والشراء في سلع مهيأة جاهزة لم يكن ليلبي جميع احتياجات الناس المختلفة من وجوه عديدة, لاختلاف الحاجات ذا ا, واختلاف الأذواق والمشارب, والرغبات والمطالب.

ومن ثم شاع عقد الاستصناع في جميع ا تمعات البشرية المتحضرة التي تتكون فيها المهن والاحتراف الذي يهدف إلى أداء خدمات وأعمال للغير تحتاج إلى اختصاص, كصنع الأحذية, وحياكة الثياب, والنقش على المعادن, والتجارة, وصنع الأواني, وغير ذلك, لقاء عوض يتفق عليه. وظل عقد الاستصناع في النطاق الفردي الشخصي.

ظهر في هذا العصر ولا سيما في أول هذا القرن العشرين الميلادي مزيد من الحاجة إلى بعض حالات بيع المعدوم, كشراء مصنوعات يوصى عليها لدى بعض المصانع لا تتوافر فيها المصنوعات المطلوبة جاهزة لضخامة كميا ا, أو لمواصفا ا الخاصة.

إن هذه التوصيات الشرائية بين الشركات التجارية الكبرى العالمية, والمصانع المشهورة في البلاد الصناعية في العالم, أصبحت حاجة أساسية في الممارسات الاقتصادية, نظرا للازدياد المستمر في عدد السكان, وازدياد الطلب – تبعا لذلك – على السلع الصناعية الأصلية والمستجدة التي أوجد ا الاختراعات وفنون الصناعة, وحققت منافع جديدة ويسرت من الوسائل, ووفرت كثيرا من الزمن والمتاعب, وذللت من مصاعب حتى أصبحت لا يستغنى عنها في حياة مدنية حديثة. وقد شمل ذلك الأغذية والأدوية, والتدابير الصحية الخاصة والعامة, الوقائية والعلاجية, وتدبير الم ل, والتربية والتعليم, والنقل والمواصلات بوسائلها المختلفة, وتعبيد الطرق, والاتصالات عن بعد, الملابس للرجال وللنساء والأطفال بمختلف أنواعها لمختلف الفصول, ووسائل الفلاحة والزراعة, ومكافحة الحشرات, والتعبئة (حتى أن هناك معامل خاصة بصناعة بعض أنواع علب

التعبئة أو التعلب فقط لا غير), إلى أدوات الكتابة والطباعة, والتسلية والرياضة, أضف إلى ذلك وسائل الإنارة والتنظيف والتدفئة والتبريد والتثليج, وسوى ذلك مما لا يستطيع الفكر والنظر إحصاءه, وتعجز الأفلام والأرقام عن حصره.

كل هذه الشبكة الهائلة العظيمة المحيطة بحياة الأنسان اليوم, فردا وجماعات, أصبحت هدفا مشتركا بين الصناعة والتجارة التي تغطي أقطار العالم بطريق الشركات العظمى الصناعية والتجارية. وكثير من إنتاج المصانع يتم بطريق التوصية والاستصناع, فهي قد تنتج مصنوعا ا من تلقاء أنفسها وتعرضها على الأسواق, ولكنها كثيراً ما تتلقى التوصيات وتعقد الصفقات الكبرى بطريق الاستصناع للشركات التجارية, وكبار التجار المستوردين.

تطور الحاجة إلى توسيع نطاق الاستصناع:

إلى جانب هذه الحاجة العامة إلى الاستصناع في مختلف السلع الصغرى الاستهلاكية والاستعمالية قامت حاجة أعظم إلى السلع الكبرى من الآليات والمعدات, كالقطارات والطائرات والبواخر العملاقة من حاملات النفط وسواء, حتى المصانع الآلية ذا ا بجميع أجهز ا يشتريها بطريق الاستصناع من يردي إنشاءها بحسب حاجته ضخامة وطاقة إنتاجية.

وقد ظهرت هذه الأهمية العظمة لعقد الاستصناع في القرن الماضي (التاسع عشر), قرن الثورة الصناعية في البلاد المتطورة (في الغرب), وهو أيضا القرن الذي أناخ فيه الاستعمار بكلكله على البلاد المختلفة صناعيا واتخذ منها مصادر للمواد الأولية التي تحتاج إليها صناعات المستعمرين, وأسواقا لمنتوجات بلادهم.

فقد جاء في تقرير جمعية مجلة الأحكام العدلية الذي رفعت به ا لمة, بعد الفراغ من تدوينها وتحريرها, إلى مقام الصدر الأعظم (رئيس الوزراء) عالي باشا في الدولة العثمانية سنة 1286هـ إشارة إلى أهمية عقد الاستصناع مبينا أن الجمعية أخذت بعدم خيار الرؤية للمشتري المستصنع في عقد الاستصناع وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي, ولم تأخذ بالقول الراجح, وذلك منها بدافع المصلحة للأهمية الكبرى التي أصبحت لعقد الاستصناع وشموله لأنواع جديدة من المصنوعات المكلفة التي إذا أعطي فيها خيار الرؤية للمشتري المستصنع (ولو جاءت موافقة للمواصفات المطلوبة) تترتب عليه مشكلة وضرر لا يحتمل للصانع. فقالت جمعية ا لمة حول هذا الموضوع مانصه:

"وعند الإمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع, وقال الإمام أبو يوسف رحمة الله: أنه وجد المصنوع موافقا للصفات التي شرطت وقت العقد فليس له الرجوع. والحال انه في هذا الزمان قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة. وبذلك صار الاستصناع من الأمور العظيمة التي جرى عليها الناس. فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسحه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة. ولما كان الاستصناع مستندا إلى التعارف, ومقيسا على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول أبي يوسف رحمة الله تعالى في هذا, مراعاة لمصلحة الوقت, كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلاثمائة من هذه ا لة".

إن تلك الشبكة الهائلة من المصنوعات المشار إليها, والتي في أغلب الأحيان يحتاج إلى التعاقد عليها قبل وجودها, كان الطريق إليها في فقه الشريعة ينحصر في عقد السلم الذي أجيز في بيع المعدوم لما يحفه من الغرر, فقد ى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن أن بيع الإنسان ما ليس عنده ورخص في السلم استثناء.

وهذا الاستثناء للسلم واضح الحكمة وعظيمة الأهمية في الميزان الاقتصادي, فإن عنصري الإنتاج اللذين لابد من اجتماعهما لتحقيقه, وهما رأس المال والعمل, قد يفترقان في كثير من الأحيان فيتعطلان, حيث يوجد المال في يد عاجزة عن استثماره ومداولته في طريق الإنتاج, وتوجد اليد القادرة على الإنتاج ولكنها محتاجة إلى رأس المال.
فإباحة بيع المعدوم, الذي يمكن أن ينتجه الخبير المعدم المحتاج إلى رأس المال بقبض ثمنه مسبقا للتمكن من إنتاجه, تتيح اجتماع عنصري الإنتاج المفترقين, هذا إلى جانب فوائد أخرى اقتصادية معروفة لعقد السلم.

لكن هذا المشكل الاقتصادي الذي حله عقد السلم في الماضي لم يعد كافيا لوفاء الحاجة الاقتصادية العامة في عصرنا الحاضر. ذلك لأن عقد السلم يشترط شرعا لصحته تعجيل ثمن المبيع المعدوم, لأنه إنما استثنى من القاعدة بغية جمع عنصري الإنتاج المفترقين كما أوضحنا, وذلك بنص الحديث النبوي, فقد ي النبي – صلى الله عليه وسلم – عن بيع الكالىء بالكالىء, أي الدين المؤجل في الذمة, بدين مؤجل أيضا في

الذمة. والمبيع في السلم هو مال مؤجل ملتزم في الذمة فهو من قبل الدين, وهو معدوم سوف يعمل البائع على إيجاده بمعونة الثمن (رأس المال), فإذا كان الثمن أيضا مؤجلا ملتزما في الذمة (غير مقبوض), فقد أصبح كالكالئ بالكالئ, وانتفت الحكمة من إباحة السلم استثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم للحاجة الاقتصادية العامة, وضاعت الفرصة التي أتيحت لتيسير عملية الإنتاج, وانقلب الموضوع إلى مضاربة بالأسعار المستقبلة. فإذا ارتفعت الأسعار أو هبطت استفاد أحد الطرفين, دون أن يخدم عملية الإنتاج التي هي المصلحة الاقتصادية الحيوية الحقيقية للمجتمع, كما يجري اليوم في البورصات العالمية حيث يتعاقد فيها على كميات خيالية من السلع المؤجلة, بأسعار وأثمان مؤجلة, لا يقصد بها إنتاج ولا وتسليم, بل مجرد مضاربة بالأسعار, ثم المحاسبة في الموعد على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين في حالة ارتفاع السعر أو هبوطه, وهي عملية, كما يرى, أشبه بالمقامرة منها بالنشاط الاقتصادي. والإسلام إنما يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة, فيفتح لها الأبواب التي تنتج نفعا للمجتمع, ويغلق أبواب المضاربة بالحظوظ التي تغري بالكسل, وتقعد الفرد عن العمل, اعتمادا على الحظ المحتمل.

فبسبب اشتراط تعجيل رأس المال لصحة عقد السلم يرى أنه في العصر الحاضر "الذي اتسعت فيه شبكة السلع الصناعية ذلك الاتساع الهائل واتسع إلى جانبها نظام الائتمان (المداينة) الذي أصبح كالجملة العصبية المنبثة في الجسم, داخله في كل جزء من أجزائه, ومسيطرة على حركته ونشاطه", في مثل هذا العصر المتطور لم يعد عقد السلم, الذي لا يصح إلا بتعجيل رأس المال, كافيا في وفاء حاجة التعامل المتطور. فلابد أن يقوم إلى جانبه طريق آخر لا يشترط فيه هذا الشرط.

وبالفعل قد وجدنا, في أساليب التعامل التي أقر ا الشريعة السمحة الغراء, ذلك الطريق الآخر المنشود وهو عقد الاستصناع.

تكييف عقد الاستصناع:

اختلفت أنظار الفقهاء في الاستصناع وطبيعته: هل هو مجرد وعد من شخص لآخر, أو هو عقد ذو طرفين ينشأ بإيجاب وقبول منهما. ومن يرى أن عقد هل هو عنده عقد معاوضة ملزم لطرفيه بمجرد الإنعقاد الصحيح, أو عقد غير ملزم كالوكالة مثلا والإيداع والإعارة؟

إن غيره الحنفية يذكرون الاستصناع في كلامهم على بيع السلم ولا يذكرون له تعريفا مستقلا يبين له ماهية خاصة, وإنما يذكرونه في عقد السلم فيما إذا بيع شيء موصوف في الذمة مما يصنع, فيعتبرونه سلما في المصنوعات, (بينما السلم بوجه عام لا يختص بالمصنوعات). لذا يشترطون لصحته أن تتوافر فيه شرائط السلم جميعا, وفي طليعتها تعجيل الثمن. فليس له تعريف خاص عندهم يميزه بماهية عقدية وموضوع مستقلين, ويصرحون بعدم جوازه وصحته إذا لم تتوافر فيه شرائط السلم.

ومعنى ذلك أنه عندهم عقد من العقود الثنائية الطرف ويحتاج إلى إيجاد وقبول صحيحين لانعقاده, فليس مجرد وعد من طرف واحد لآخر لا يلزمه, ويبقى معه مختارا في التنفيذ وعدمه, ولكنه ليس عقدا مستقلا بل صورة من بيع السلم تخضع لشروطه, ويجري عليها حكمه.

أما في الحنفيه فهم الذين عقدا نوعا من البيع خاصا متميزا بأحكامه كما تميز الصرف والسلم وهما من البيوع. فليس الاستصناع سلما, وإن يكن له به شبه. وهو أيضا استثناء من عدم جواز بيع المعدوم للحاجة العامة إليه, بل هم, أي الحنفية, يدعون الإجماع على جوازه. وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية, وإن كان منهم من يرى أنه مجرد وعد من شخص لآخر, مستدلا بأدلة ضعيفة لا تنهض حجة لنفي صفة العقدية عنه.

مزية اعتبار الاستصناع عقدا خاصا مستقلا عن بيع السلم:

يلاحظ في بيع السلع على وجه العموم أن الشريعة فتحت طريقا يمكن مشتري السلعة من أن يمول بائعها (أو منتجها), وذلك هو عقد السلم, حيث يعجل الثمن ويؤجل تسلم المبيع.

كما يلاحظ أن الشريعة فتحت طريقاً يسمح للبائع بتمويل المشتري, وذلك هو البيع بثمن مؤجل أو مقسط. ولا بد من ملاحظة أنه في كل عصر: هناك سلع يتعذر صنعها قبل وجود مشتر محدد لها: كبناء م ل في مكان معين, أو بناء جسر بمواصفات محددة, أو بناء مصفا بترول أو باخرة.

وهذا التعذر قد يكون تقانيا لخصوصية المواصفات واختلافها بين مشتر وآخر, وقد يكون ماليا لضخامة ثمن السلعة وتخوف البائع من تأخر بيعها بعد أن يصنعها.

وفي هذه الحالة أو تلك بل في جميع الأحوال, ستبقى دوما في كل عصر بعض سلع لا يتيسر أبدا أن تصنع أو تنتج قبل وجود مشتر معين ملتزم بشرائها. ففي مثل هذه السلع يمكن للمشتري شرعا أن يتولى هو تمويل البائع فيعجل له الثمن. وهذا متفق عليه لا خلاف فيه بين المذاهب الفقهية جميعا. لكن المذاهب الثلاثة غير الحنفية لا تسمح باستثناء الاستصناع من شرط تعجيل الثمن, بل يخضعونه لأحكام السلم, إذ يعتبرونه صورة منه في المصنوعات. وهذا يؤدي على ثغرة كبيرة في هذا العصر (عصر المصنوعات الضخمة العملاقة حجما وتكاليف) هي عدم وجود طريقة شرعية تسمح للبائع استصناعا أن يقوم هو بتمويل المشتري, فيصنع له السلعة أو السلع المطلوبة دون أن يقبض منه ثمنها مسبقا.

هنا تبرز الحكمة من المذهب الحنفي وتتجلى المصلحة والداعي الزمني في الأخذ به. وهذا ما فعله ا مع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي, حيث قرر عدم اشتراط تعجيل الثمن في الاستصناع وذلك في دورته السابعة في جدة لعام 1412هـ, الموافق 1992م, (القرار رقم 7/3/66).

التكييف النهائي للاستصناع:

أجمع جمهور فقهاء المذاهب على أن الاستصناع عقد بكل معنى الكلمة, وليس مجرد وعد حتى عند غير الحنفية من المذاهب الثلاثة التي لا تجوزه إلا على أنه سلم إذا توافرت فيه شروط السلم. ذلك أنه في نظر تلك المذاهب لو كان مجرد وعد لما صح أن يحكم فيه بعدم الصحة لأن الوعد لا يوصف بالصحة أو عدمها, فهذا الوصف تختص به العقود التي لها انعقاد تترتب عليه أحكام إذا توافرت مقوما ا, ويعتريها البطلان إذا فقد فيها بعض مقوما ا.

وقد أشرنا فيما سبق على أن الأدلة التي يستند إليها من يقول أنه وعد وليس بعقد هي أدلة ضعيفة ومردود عليها بقوة, فلا تنهض حجة.

يقي أنه, يعد تقرير كونه عقدا, وهو ما استقر عليه رأي المتأخرين من فقاء المذهب الحنفي, واعتمدته مجلة الأحكام العدلية, قد اختلفوا في طبيعته بين العقود: هل هو من قبيل الإجارة, فتطبق فيه شروطها وأحكامها, أو هو من قبيل البيوع؟

وأقوى شبه يستند إليها من يرون أنه من إجازة الأشخاص أن بعض الأجراء العاملين (الأجير المشترك) أصحاب المهن تقتضي طبيعة عمله أن يضع من عنده المادة التي

يستلزمها عمله المستأجر عليه كالصباغ, فإنه يدفع إليه الثوب أو الغزل ليصبغه باللون المطلوب بصبغ يضعه من عنده, لا يقدمه له صاحب الثوب, كما يفعل الصانع في الاستصناع, ولم يخرجه هذا عن أن يكون أجيرا, وعقد عمله إجارة.

وقد أجاب عن ذلك القائلون بأن الاستصناع بيع لا إجارة بما خلاصته أن المستصنع يأتي إلى الصناع صفر اليدين ليشتري شيئا صنعه له كله كاملا بخامة وعناصر من عنده, ولو أنه وجد عنده ما يوافق مطلوبه لاشتراه جاهزا. أما الصباغ فيأتية الثوب من صاحبه ليعمل على إحداث لو فيه أو تغيير لونه, وهذا عمل محض وليس عينا تباع, وإذا كان عمله هذا يستلزم وضع صبغ من عنده (لأنه هو الذي يحسن اختياره ويغرف مقداره) فهو تبع للعمل الذي هو المحل الأصلي للعقد.

تعريف الاستصناع:

واضح أن من يرونه وعدا محضا لا تعريف له عندهم يخرج به عن مفهوم الوعد بوجه عام, وهو: أن يعلن شخص لآخر ما سيفعله متطوعا لأجله أو لمصلحته في المستقبل. وقد يكون الشيء الموعود به عملا ما أو عقدا من العقود. فإذا كان الأمر الموعود به عقدا ما فلا بد لوجوده وانعقاده من أن ينشأ فيما بعد بالتراضي بصورة صحيحة, أي مستوفيا ركنه وسائر شرائط انعقاده.

أما الذين يرون الاستصناع عقداً (وهو الراجح في المذهب, لمتانة أدلته, وبه أخذت ا لة كما سنرى), فقد عرفوه بتعاريف عديدة متقاربة. فقال بعضهم: الاستصناع هو: ((أن يطلب شخص من صانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم)) (العيني في شرح الك).

وهذا التعريف قاصر لأن الطلب ليس عقدا, فكأنما هو تفسير لكلمة الاستصناع وليس تعريفا لعقده.

وقال ابن عابدين في رد المحتار: ((هو أن يطلب أحد من آخر العمل في شيء خاص على وجه مخصوص)) وهذا قاصر أيضا وغير سديد, وتدخل فيه الإجارة فهو غير مانع. وقد عرفته ا لة بأنه: ((عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئا)) وهناك من المعاصرين من عرفوه تعريفات أخرى متقاربة لا نراها دقيقة ولا وافية.

تعريفنا كما نختاره:

أرى أن نعرف الاستصناع بصورة أوضح وأوفى كما يلي:

((هو عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده, بأوصاف مخصوصة, وبثمن محدد)).

هذا ويسمى المشتري: مستصنعا والبائع : صانعا, والشيء محل العقد: مستصنعا فيه, والعوض يسمى ثمنا كما في البيع المطلق.

تحليل هذا التعريف:

أفاد هذا التعريف الأمور التالية:

1- أن عقد الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع, فهو أحد أنواع البيع, وليس من قبيل الأجازة (إجازة الأشخاص), ولا مجرد وعد. ونتيجة كونه كذلك أنه يجب لنشوئه بين طرفين أن يتوافر فيه ركن التعاقد, وهو التراضي الذي يظهره الإيجاب والقبول, وكذلك جميع شرائط الانعقاد العامة في العقود.

2- أن المبيع فيه هو العين الموصى عليها, وليس عمل الصانع ذاته. وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي, وسنرى نتيجة الفرق بين الاعتبارين في مناسبتها القادمة من هذا البحث.

3- أن المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضا أنه معدوم عند العقد, وأن المقصود هو صنعه وإيجاده. وهذا تبرز فيه – كما هي في السلم – أ مما قد فتح فيهما باب معقول استثنائي لبيع المعدوم تدعو إليه الحاجة والمصلحة. ولكن ليس شرطا فيه أن يكون معدوما فعلا عند العقد, وسوف يصنع أو يوجد فيما بعد. وسنرى نتيجة ذلك في مناسبته القادمة من هذا البحث. وهذا مستفاد من عبارة (يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا) ولم نقل: يلتزم بأن يصنعه.

4- أن الاستصناع إنما يجري في السلع التي تصنع صنعا (المصنوعات) ولا يجري في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة, كالثمار والبقول والحبوب ونحوها, بل هذه المنتجات الطبيعية إذا أريد بيعها قبل وجودها فطريقها بيع السلم لا غير.

5- أنه لابد في الاستصناع من تحديد الأوصاف للمبيع المطلوب صنعه بما يكفي لصيرورته معلومة لا جهالة فيه, وكذا تحديد ثمنه. ويكفي للصحة بينان الأوصاف الأساسية في كل شيء بحسبة عرفا. أما الأوصاف الفرعية التفصيلية فلا يشترط بيا ا لصحته, لأ ا لا حدود لها. ولكن لو ذكر منها شيء في العقد يجب الالتزام به.

6- أن الثمن لا يجب تعجيله في الاستصناع, وإنما تجب معلوميته بتحديده نوعا وقدرا. فيمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلا كله, أو مؤجلا كله, أو مقسطاً, وذلك كما في البيع العادي (البيع المطلق), وهذا فارق أساسي بين الاستصناع والسلم تظهر به مزية الاستصناع, وقابليته لتلبية حاجة التعامل المتطور في عصرنا هذا.

كذلك يمكن أن يكون الثمن محددا بطريقة المساومة غير مبنى على مقدار ما سيبذله الصناع البائع من نفقة في سبيل صنع المبيع بالمواصفات المطلوبة, أو يكون الثمن محددا بطريقة المرابحة: وذلك بان يقوم الصانع البائع بتقدير ما سوف يبذله من قيمة المواد التي ستدخل في صنع الشيء المطلوب, وسائر ما يحتاج إلى بذله من النفقة حتى يكتمل صنعه على الوجه المطلوب ويضيف إلى تكاليفه هذه مقدار الربح الذي يتفقان عليه, ويكون ا موع هو الثمن الذي يحدد حين التعاقد.

وهذا الربح الذي يتفق عليه يجوز تقديره بنسبة مئوية محددة من تلك التكاليف, كما يجوز أن يكون مقدار مقطوعا. ولكن يجب أن يلحظ في صورة الاستصناع بالمرابحة أنه إذا تبين للصانع فيما بعد أنه قد أنفق من التكاليف أقل مما كان قد قرده حين التعاقد, يجب عليه حينـئذ أن يطرح من الثمن مقدار الفرق, وإلا كان خيانة توجب الخيار للمستصنع.

7- أن المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع فيه, وسائر ما يحتاج إليه صنعه من مواد أساسية أو كمالية: سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط, أو كان مفهوما عرفا, كل ذلك إنما يقدمة الصانع البائع من عنده, ولا يقدم المستصنع المشتري شيئا منه, لأنه محسوب حسابه في الثمن, وهو إنما يشتري الشيء مصنوعا كاملاً.

وهذا ما يفرق الاستصناع عن الإجارة . من ناحية ثانية إذا استؤجر أحد الأشخاص لعمل ما مما يحتاج إلى مواد, فإن الأجير الخاص لا يقوم بتقديمها من عنده, وإنما يقوم بالعمل فقط. وكذلك يخرج عنه الاستئجار على الصنعة حيث يقدم المستصنع المواد اللازمة من عنده ليقوم الصانع بصنعها وفقا للمطلوب. فهذا استئجار وليس استصناعا. والمستصنع هو فيه مستأجر وليس مشتريا. والصانع أجير يؤدي خدمته وليس بائعاً.

وقد استقر الرأي عند الحنفية أن الاستصناع نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد الأنواع الأخرى كالصرف والسلم, وليس أيضا من البيع العادي (المطلق). فكما أن الصرف والسلم نوعان من البيع وهما عقدان مستقلان, ولهما أحكام خاصة لا تجري في البيع المطلق العادي, فكذلك الاستصناع. و ذا أخذت مجلة الأحكام العدلية, فعقدت للاستصناع فصلا خاصا به في باب (أنواع البيع) من كتاب البيوع في المواد 388-392.

حكم عقد الاستصناع وأثره بين طرفيه:

(أ) مشروعيته:

بعد ما تقدم لا حاجة بنا إلى الكلام عن حكم الاستصناع من حيث الجواز الشرعي وعدمه, أو بتعبير آخر: من حيث المشروعية, فقد وضح مما سبق أن الشك في مشروعيته وجوازه ليس له دليل شرعي خاص ولا سند قوي يدعمه سوى التطبيق لنص عام هو أن النبي – صلى الله عليه وسلم – ى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. وهذا (الاستصناع) بيع شيء معدوم بغير طريق السلم واستيفاء شروطه.

لكن الذين قالوا بجوازه نوعا من البيع خاصا بالمصنوعات متميزا عن البيع العادي (المطلق) ودون تقيد بشروط السلم, وهم جمهور الحنفية – لم يتجاهلوا الحديث النبوي المذكور, ولكنهم قالوا: كما يجوز بيع السلم بالنص نفسه للحاجة وللمصلحة العامة فيه, (وهذا استحسان من الشارع نفسه, استثناءا من القاعدة التي أرساها وهي منع بيع المعدوم), استثنى كذلك الاستصناع بالإجماع استحسانا للحاجة والمصلحة نفسها. وقد ثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه اصطنع خاتما نقش عليه اسمه لختم رسائله به, وفسروه بأنه أوصى بصنعه فصنع له, فتكون مشروعيته ثابتة بالسنة العملية وبالإجماع.

هذا, وقد أشرنا سابقاً إلى أن الحنفية يدعون الإجماع على جوازه للحاجة. ودعوى

الإجماع مستفيضة في كتب المذهب الأساسية: المبسوط للسرخسي, والبدائع للكاساني, والهداية للمرغيناني, وسواها.

وقد تبدو هذه الدعوة غريبة, فأي إجماع مع أن مذاهب عديدة منها الشافعي والحنبلي لا تجيزه إلا بشرائط السلم كاملة؟

ولكن الإجماع الذي يستند إليه الحنفية صحيح ولا يتنافى مع هذا الخلاف بين المذاهب في جواز الاستصناع, فإن الإجماع الذي يدعيه الحنفية هو الإجماع العملي. فهم يقولون أن العمل بالاستصناع فيما يحتاج إليه متعارف ومستمر في عصر الرسول – صلى الله عليه وسلم – دون نكير.

فقد قال الكاساني في (بدائعه) عن الاستصناع:

" يجوز استحسانا, لإجماع الناس على ذلك, لأ م يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لاتجتمع أمتي على ضلالة" ... والقياس يترك بالإجماع, ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل ... ولأن الحاجة تدعو إليه, لأن الأنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة, وقلما يتفق وجوده مصنوعا, فيحتاج إلى أن يستصنع, فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج." (بدائع الصنائع للكاساني /6/ أوائل كتاب الاستصناع).

ويلحظ في هذا المقام أن المشاهد في عصرنا أن فقهاء المذاهب الثلاثة التي لا تجيز الاستصناع إلا بطريق السلم يمارسونه عمليا في حاجا م الخاصة وحاجات أبنائهم من أحذية وملابس وسواها, ولا يجدون منه بدا.

وهذا يشبه موقف المخالفين في جواز البيع بالتعاطي, الذي يجيزه الحنفية على تقدير حلول التعاطي بين المتبايعين محل الإيجاب والقبول اللفظين. فالشافعية كانوا على منعه بحجة عدم انعقاده دون إيجاب وقبول صريحين. ولكنهم في الوقت نفسه كانوا يضطرون إلى ممارسته عمليا في المحقرات (أي الأشياء البسيطة). فلم يكونوا يستطيعون أن يتطلبوا الصيغة التعاقدية في شراء حاجا م اليومية من البقول والفاكهة واللحم والخبز ونحو ذلك بينهم وبين باعتها, فاضطر المتأخرون من فقهاء المذهب أن يصرحوا بإباحته للحاجة في المحقرات من الأشياء.

والشيء الذي يجب أن لا ينساه الفقيه المفتي أبداً, وأن يكون نصب عينيه دائما, هو المقاصد العامة للشريعة مما هو مفصل في مواطنه من كتب الأصول والفقه, وقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – فيما رواه البخاري: "إن الدين يسر, ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه".

(ب) حكمه:

أما حكم الاستصناع بمعنى أثره الذي يترتب عليه بين العاقدين فهو أن يستحق المستصنع على الصانع أن يأتيه بالشيء المطلوب المعقود عليه موافقا للأوصاف المبينة في العقد وأن يستحق الصانع على المستصنع الثمن المتفق عليه متى جاء به مصنوعا كذلك. وبتعبير آخر في اصطلاح علماء القانون الوضعي: أن يلتزم كل من الطرفين بما يتعلق به من محل العقد, باعتبار أن كلا العوضين في عقود المعاوضة هو محل للعقد.

قال الإمام الكاساني في البدائع (كتاب الاستصناع): " وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المتبعة في الذمة, وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم على ما سنذكره".

وهو يشير بقوله: " ملكا غير لازم على ما سنذكره" إلى ماهو مقرر في أصل المذهب الحنفي, (وقد بينه في لاحق كلامه) من أن عقد الاستصناع في رأي أبى حنيفة – رحمة الله – هو من العقود غير اللازمة. بمعنى أن لكل من المستصنع والصانع الرجوع عنه قبل إتمام صنع الشيء المطلوب أما بعد أن يأتي مصنوعا وفقا للمطلوب فيسقط خيار الصانع البائع, ويبقى الخيار للمستصنع باعتبار أن مشتر لما لم يره, فيثبت له فيه خيار الرؤية.

ولأبي يوسف صاحب أبي حنفية رأي آخر نقلته عن كتب المذهب, وهو أنه إذا أتم الصانع صنع الشيء وأحضره للمستصنع موافقا للأوصاف فليس لأحد منهما خيار, بل يلزم الصانع بتسليمه, ويلزم المستصنع بقبوله.

وتعليله عند أبي يوسف – رحمة الله : أن الصانع لما أتى به موافقا تعين حق المستصنع فيه بعينه بعد أن كان حقه متعلقا بذمة الصانع, فلم يبق له خيار.

وأما بالنسبة إلى المستصنع فإنه لو أعطى خيار رؤية بعد ما أتى به الصانع موافقا للأوصاف المطلوبة فرفضه المستصنع بحكم الخيار لتضرر الصانع ضررا قد يكون كبيرا, لأنه إنما صنع بحسب مطلوب المستصنع على أوصاف ومقاييس قد تكون تخالف المعتاد بين الناس, فبرفضه قد يتعذر بيعه لغيره. وهذا إضرار بتغرير من المستصنع, إذ

لولا توصيته لما صنعه الصانع. والنبي – صلى الله عليه وسلم – يقول: ((لا ضرر ولا ضرار)) فليس للمستصنع خيار بعد إحضاره إلا إذا كان مخالفا في أوصافه للمشروط, فيكون له عندئذ خيار فوات الوصف لاختيار الرؤية.

وتتضح في هذه الرواية الثانية عن أبي يوسف – رحمة الله– قوة الحجة ونصاعتها.

لكن أهل الترجيح في المذهب الحنفي وفي طليعتهم الإمام الكاساني, رجحوا رأي أبي حنيفة في أن للمستصنع خيار الرؤية ولو جاء الصانع بالمصنوع موافقا للأوصاف المطلوبة وعللوا ترجيحه بما لا ينهض حجة أمام رأي أبي يوسف.

لكن جمعية ا لة عندما وضعت نصوصها لاحظت أن رأي أبي حنيفة, رحمة الله - هو الراجح في المذهب – أصبح مشكلا جدا بعد أن أصبح الاستصناع واسع النطاق إلى درجة لا حد لها بعد تطور الصناعة, وأصبحت البواخر والقطارات وأمثالها تستصنع استصناعا. لذلك بينت جمعية ا لة في مقدمتها (التي نقلنا نصها أوائل هذا لبحث) أ ا وضعت المواد التي تكلمت عن الاستصناع في بابه المخصوص على أساس قول أبي يوسف – وهو القول الرجوح – في عدم الخيار للمستصنع إذا جاء المصنوع موافقا للأوصاف المشروطة, تمشيا مع الحاجة والمصلحة الزمنية. وهذا تطبيق صريح لقول الفقهاء بأن أمر السلطان بالعمل يقول ضعيف- إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك – يجعله مرجحا يجب العمل به. (ينظر كتابي المدخل الفقهي العام , ج 1 70 وما بعدها).

(ج) لزومه:

لكن يلحظ في هذا المقام أن نصف المادة من ا لة جاء بالصيغة التالية:

((إذا أنعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع فيه. وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة البينة كان المستصنع مخيراً)).

وواضح من هذا أن جمعية ا لة اعتبرت أن الاستصناع إذا انعقد صحيحا كان لازما منذ انعقاده, ملزما للطرفين دون خيار لأحدهما منذ البداية ولو قبل البدء بالصنع, كما لو كان بيعا مطلقا لسلعة موجودة معينة. وهذا توسع عن رأي أبي يوسف المنقول في كتب المذهب, حيث يتفق رأيه مع أبي حنيفة إمام المذهب في أنه قبل الصنع عقد غير لازم, فلكل من الطرفين الرجوع عنه. وأبو يوسف إنما انفرد بعد ذلك بالقول بعدم الخيار لأحد منهما بعد الصنع إذا أتى به الصانع موافقا للأوصاف المبينة, فالصانع ملزم عندئذ بتسليمه, والمستصنع ملزم بقبوله.

ومعنى هذا أن ما قررته ا لة ذا الإطلاق في لزوم عقد الاستصناع على الطرفين منذ انعقاده حتى قبل بدء الصانع بالصنع ليس له سند في المذهب المستمد منه.

ومعلوم أن ا لة هي قانون مدني بالمعنى الاصطلاحي مستمد كله من مذهب معين هو المذهب الحنفي, وصدرت بإرادة سنية رسمية من الخليفة صاحب السلطان, نظير ما يسمى اليوم بقانون الإصدار الذي تصدر به سائر القوانين فتصبح به نافذة منذ نشرها بحسب نصوصها دون نظر إلى مصادرها.

وهنا تثور نقطة مهمة عند علماء القانون الوضعي, أنه إذا ذكر في المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون أن مادة معينة من مواده قد أخذ فيها واضع القانون برأي أو نظرية مما عرض في المذكرة الإيضاحية ولكن جاء نص تلك المادة في القانون الصادر مخالفا من ناحية ما لذلك الرأي أو النظرية التي قالت المذكرة الإيضاحية أ ا أخذت ا. فهل العبرة في هذه الحالة لما في المذكرة الإيضاحية, أو لنص المادة التي جاءت مخالفة؟

المقرر في هذه الحالة عند علماء القانون الوضعي أو العبرة لنص المادة, لأ ا هي النص المقنن وليس المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون أو مادة معينة من مواده قد أخذ فيها واضع القانون برأي أو نظرية مما عرض الرأي أو النظرية التي قالت المذكرة الإيضاحية أ ا أخذت ا. فهل العبرة في هذه الحالة لما في المذكرة الإيضاحية, أو لنص المادة التي جاءت مخالفة؟

المقرر في هذه الحالة عند علماء القانون الوضعي أن العبرة لنص المادة, لأ ا هي النص المقنن وليس المذكرة الإيضاحية, لاحتمال أن الشرع القانوني قد عدل أخيرا عن اختياره الأول. ولهذا المبدأ شواهد واقعية عديدة معروفة في التقنيات الوضعية لا محل لذكرها هنا.

فبناء على هذا المبدأ تكون العبرة في المادة /392/ من ا لة لإطلاق اللزوم في عقد الاستصناع منذ انعقاده, ولو أن أبا يوسف – الذي قالت مقدمة ا لة (وهي مذكرة إيضاحية مرافقة) أ ا قد أخذت بقوله – لم يقل ذا الإطلاق في لزوم العقد منذ انعقاده وإنما بقول به بعد أن يجيء الصانع بالمصنوع موافقا للأوصاف المتفق عليها.

وصنيع ا لة ذا الإطلاق في اللزوم يبرره أن واضعي ا لة, وهم من خيرة فقهاء عصرهم في القرن الثالث عشر الهجري قد لحظوا تطور الصناعة العظيم في ذلك الوقت, وتطور نطاق الاستصناع واتساع دائرته كما أشاروا إليه, فرأوا أن المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضيه ولو لم يقل به الفقهاء السابقون في المذهب, إذا لو كانوا شاهدين التطور الذي وصل إليه الاستصناع, والمداخل التي دخلها في حاجات الناس وتعاملهم, والضرر العظيم المهول الذي يلحق الصانع إذا رفض المستصنع المصنوع, وقد

أنى موافقا لشروطه, بحجة خيار الرؤية فيما لو كان المصنوع باخرة كبرى, أو معمل نسيج آليا عالي الكفاءة, أو قطار سكة حديدية ونحو ذلك – نقول لو شاهدوا ذلك في العصر الحديث لما ترددوا في تقرير عدم خيار الرؤية, واعتبار عقد الاستصناع ملزما لطرفيه منذ انعقاده.

هذا في عصر ا لة قبل قرن وربع. فاليوم بعد أن أصبح نقل العملات النقدية وحسابا ا من المشارق إلى المغارب بتم بفلكة زر, وأصبحت الصفقات الضخمة التجارية والصناعية تعقد على الملايين, وأصبح التاجر والمستصنع والصانع بالوسائل الآلية الهائلة يبني حساباته وحقوقه والتزاماته في ما لديه وما عليه وما إليه على توقيت زمني دقيق بحيث لو اختلفت معه حلقة من ذلك لجرت سلسلة من المشكلات في ارتباطاته المتداخلة والمتشابكة – نقول في ظروف كهذه اليوم يجب أن يطمئن كل متعامل ومتعاقد إلى أن ما تعاقد عليه قد ثبت ويستطيع أن يبني عليه. وهذا يدعم أيضا أن المصلحة العملية في استقرار المعاملات تقتضي اليوم اعتبار عقد الاستصناع لازما بحق الطرفين منذ انعقاده, إذ إن الاستصناع لم يبق محصورا في الحاجات الشخصية البسيطة كالخف وإناء نحاسي وبساط, وسرج فرس, وثوب ولد أو حذائه, حتى يكون ضرر الصانع صاحب المهنة من عدول المستصنع أو رفضه المصنوع ضررا خفيفا, بل أصبح العدول من أحد الطرفين بعد التعاقد, كرفض المصنوع الموافق للأوصاف بحكم خيار الرؤية دون عيب أو مخالفة وصف, قد يترتب عليه أضرار جسيمة عظيمة للطرف الآخر مما يزعزع مبدأ استقرار المعاملات الذي هو من أهداف الفقة الإسلامي والقانون الوضعي معا.

محل عقد الاستصناع:

المراد بمحل عقد الاستصناع ما يسميه فقهاؤنا بالمعقود عليه, فما هو هذا المحل المعقود عليه في عقد الاستصناع؟

من المعلوم – كما في تعريف الاستصناع – أنه ينصب على شراء شيء في الحال مما يصنع صنعا لكي يصنعه البائع المحترف لمشتريه بأوصاف معينة وثمن محدد. وكل مصنوع يحتاج إلى مادة وعمل. فهل المبيع في هذا العقد هو العين المصنوعة أيا كان صانعها, أو هو العمل من الصانع البائع نفسه؟

هذه نقطة اختلف فيها فقهاء الحنفية, وتترتب عليها نتيجة المحنا إليها في تحليل تعريف الاستصناع. وبما أ، لها تأثير مهماً في المحور الثاني من هذا البحث (مدى أهمية الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة), فسنتكلم عنها وعن أثرها في المحور الثاني التالي.

المحور الثاني

مدى أهمية الاستصناع
في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة

فرضت السنة النبوية في بعض أنواع من التعامل قيودا, وبخاصة : في عقدي المصارفة والسلم, لأن فيها قابلية كبيرة للانزلاق إلى المراباة لولا تلك القيود. ومن أهم تلك القيود التي ضبطت ا بعض العقود ولمنع ذلك الانزلاق فيها إلى المراباة المقنعة ثلاثة قيود:

- التقابض في عقد الصرف بمختلف صوره.
- تعجيل رأس المال في السلم لتحقيق مزيته الاقتصادية المهمة.
- عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه.

وقد بينا أوائل هذا البحث في الإيضاحات التمهيدية أن لزوم تعجيل رأس المال في عقد السلم كان حائلا دون الاستفادة منه في عصرنا الذي اشتدت فيه الحاجة إلى المداينات الائتمانية. فكان عقد الاستصناع الذي هو محرر من قيد تعجيل الثمن هو الحل المناسب. ففقيه توسيع لنطاق إمكان بيع المعدوم في كل شيء يصنع صنعا مما اشتدت الحاجة إلى إمكان بيعه قبل صنعة في عصرنا هذا الذي انفرجت في الصناعة وفنو ا وابتكارا ا القائمة على الاكتشاف العلمي و التقانة إلى درجة تذهل العقول.

وهذا الانفجار الصناعي يخدم حقولا عظيمة الأهمية في حياة البشر اليوم كالطب وما إليه, والزراعة وما إليها, والدفاع, والهندسة بمختلف فروعها التي بلغت العشرات, وبناء المباني المختلفة من ا معات السكنية والمستشفيات والمدارس والجامعات وصوامع حفظ الغلات الزراعية إلى غير ذلك مما لا يحصى, ومما يؤلف شبكة الحياة المعاصرة المتطورة.

إن كل هذه الحقول الحيوية التي يخدمها ذلك الانفجار الصناعي اليوم يحتاج لكي يستفاد منه أن تقوم بموازاته تجارة واسعة ميسرة تنقل ثمراته من السلع التي لا تحصى إلى مختلف أقطار العالم. ومن هنا ظهرت أهمية تيسير التجارة وتنوعها بصورة لم يكن لها مثيل في الماضي, ووضعت لها في

النظم التشريعية قوانين استثنائية من القواعد العامة المقررة في القوانين المدنية لتسهيل معاملا ا في التعامل, وقضاياها في القضاء, سميت بقوانين التجارة بغية تحقيق سرعة إنجازا ا, ودوران دولا ا.

ومن ثم تبرز أيضا, في هذا الظرف الزمني الذي وصفنا خصائصه الصناعية والتجارية, أهمية الاستثمار التجاري بطريق عقد الاستصناع موضوع بحثنا هذا.

فاستثمار الأموال اليوم بغية تنميتها بالربح تنوعت سبله كثيرا, وفيها الحلال والحرام في نظر الشريعة الإسلامية, وتزاحمت البنوك الإسلامية التي أنشئت في هذا العصر في جذب مدخرات الناس وفائض أموالها, لدفعها ووضعها في طريق الاستثمار والتنمية, وتسييلها في حقول النماء والربح.

إن البنوك الإسلامية, رغم تقديها باجتناب الربا وشبهاته, أمامها مجالات استثمارات ليست متاحة أمام البنوك الربوية, ذلك أن البنوك الإسلامية تقوم ترخيصا ا ونظمها على أساس الممارسات التجارية فعلا في أسواق السلع المختلفة, بينما البنوك الربوية ينحصر نشاطها في التمويل فقط بطريق الاقتراض والاقتراض بفوائد ربوية.

ومن هذا الأفق تبرز اليوم أمام البنوك الإسلامية, وأمام سائر التجار الإسلاميين في العالم الإسلامي (الذين يحرصون على عدم تدنيس نشاطا م الاستثمارية بالربا ولا بشبهاته) أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة وذلك من ناحيتين:

الأولى: أن عقد الاستصناع لم يبق محصورا, كما كان في الماضي: في نطاق الحاجات الفردية الشخصية التي كانت هي العامل الأساسي في وجوده وتعارفه حين يحتاج الشخص إلى شيء بمواصفات خاصة لا توجد عادة في المتداول العام من السلع, بل قد خرج اليوم المارد من القمقم, وأصبح من الممكن أن ينطلق عقد الاستصناع إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع في عصر الانفجار الصناعي هذا, وبالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المثلية التي تنقلها التجارة إلى مختلف بلاد العالم, ولا سيما العالم المتنامي (الذي يسمى تلطيفا اليوم بالعالم الثالث أو النامي) والذي أصبح لتخلفه, يحتاج في كل وسائل حياته, حتى في غذائه الضروري إلى منتوجات العالم الصناعي ومصنوعاته.

الثانية: أن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين: خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد, سيصنع فيما بعد, وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانيا لا يجب تعجيله كما في السلم ومن هاتين الخاصيتين يتبين أن أهمية الاستصناع في طريق الاستثمار الإسلامي اليوم

كبيرة جدا إذا مورس بخبرة تجارية وبصيرة في الأسواق. وأن مدى أهميته هذه واسع غير محدود, وفي طريق إسلامي سليم.

ونقول: (إذا مورس الاستصناع بخبرة تجارية وبصيرة في الأسواق), لأن البنوك الإسلامية اليوم التي هي مصب المدخرات لكثير من المسلمين الملتزمين لأجل استثمارها بواسطة هذه البنوك الإسلامية بطرق بعيدة عن الربا وشبهاته, قد أهملت الطريق الذي خلقت لأجله, وهو أن تكون تجارة مضاربة تنطح في الأسواق, وتتصيد الفرص المناسبة التي ترصدها بمنظار وعيون مفتحة في الأسواق على الأسعار والسلع, ويكون لها مخازن ومعارض ككل متاجر برأس ماله, ومضارب مشارك بعمله, فتجني أرباحا مضاعفة عن سعر الفائدة الذي تربحه البنوك الربوية في قروضها. وهكذا تضرب المثل الصالح للنظام الإسلامي في طريق المشاركة الذي يباركه الله, بذلا من طريق التمويل الربوي المشؤوم.

ولكن البنوك الإسلامية أو معظمها أهملت الطريق الذي خلقت لأجله – أهملته لأنه يحتاج إلى جهد ويقظة, وانصرفت إلى طريق المرابحة للآمر بالشراء إيثار منها للكسل لأن القائمين على إدار ا أو معظمهم ليسوا من التجار الخبراء, بل هم مصرفيون نشأوا في العمل بالأوراق والحاسابات وهم على مناضدهم, ولم يعتادوا أو ينطحوا في الأسواق ويكونوا تجار عمليين بمعنى الكلمة. فمع هؤلاء لا يعطى طريق الاستصناع الذي بينا مزاياه وخصائصه, النتائج العظمة التي هو مهيأ لإعطائها لو مارسته البنوك الإسلامية, بل يبقى طريقا منتجا كبير الفائدة للتجار الفرادى الذين يخوضوا معترك السوق التجارية ليستثمروا أموالهم بأنفسهم, سواء أكانوا أفرادا أم شركات, ولا ينتظرون البنوك الإسلامية أن تستثمر لهم مدخرا م.

المحل المعقود عليه في الاستصناع:

قلنا قبلا أننا سنرجى الكلام على المحل المعقود عليه في الاستصناع والخلاق الفقهي فيه إلى هذا المحور الثاني من البحث لعلاقته بمدى أهمية الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية.

اختلف فقهاء الحنفية الذين اهتموا بعقد الاستصناع وتفصيل أحكامه, وتفردوا بإفراد باب خاص به في كتاب البيوع, اختلفوا في تحديد المعقود عليه فيه (كما اختلفوا في تكييف العقد نفسه وتشخيص ماهيته وطبيعته مما سبق بيانه في موضعه).

فقال بعضهم بأن المعقود عليه في الاستصناع (أو المحل في الاصطلاح القانوني) هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة, أي صنعا لها بنفسه. وهذا مع التسليم بأن العقد ليس إجازة بل هو بيع. فمقصودهم أنه بيع لعين موصوفة سيصنعها البائع نفسه.

وقال آخرون أن المعقود عليه في الاستصناع هو العين الموصوفة المطلوبة وليس عمل الصانع البائع.

وثمرة هذا الخلاف أنه لو أحضر البائع للمستصنع المشتري عينا مطابقة للأوصاف المتفق عليها, لكنها من صنع صانع غيره, هل يجبر المشتري على قبولها؟ وإذا أعصاه إياها ولم يذكر أ ا من صنع غيره فهل يكون قد برئت ذمته, أو يكون قد غشه؟ فإذا عرف المستصنع ذلك بعد أخذها هل يكون له خيار في أن يردها؟

- فقل الرأي الأول (المبيع هو عمله بعد العقد) لا يجبر المشتري على قبولها, ولا تبرأ ذمته إن أعطاه صنع غيره فأخذه ظانا أنه صنعه.
- وعلى الرأي الثاني (المبيع هو العين لا العمل) يجبر المشتري على قبولها وتبرأ ذمة الصانع إن لم يذكر له ذلك, لأنه قد وفي بالتزامه وهو تقديمه له عينا مصنوعة موافقة للأوصاف المشروطة.

وكذلك بطريق الأولوية لو أحضر له عينا مطابقة للأوصاف كان قد صنعها هو نفسه قبل التعاقد مع المستصنع.

مما يدعم الرأي الأول في نظرنا – أن الاستصناع فيه شيء من عنصر الثقة الشخصية, فالمستصنع قد يكون إنما اختار هذا الصانع بالذات لثقته بمهارته, فربما لا يريد صناعة غيره.

ومما يدعم الرأي الثاني أن العبرة للمواصفات المطلوبة للمستصنع, فإذا كانت متوافرة, مادة وصنعا كما شرط, لم يبق لاختلاف الصانع أي فرق بالنسبة للمشتري المصنع, لأن السلعة ومواصفا ا هي المقصودة.

والمرجح في المذهب هو الرأي الثاني: أن المبيع هو العين الموصوفة فيوفي الصانع ذمته إذا جاءه بعين مستكملة الأوصاف المطلوبة من صنع غيره أو من صنعه هو نفسه قبل العقد. ومجلة الأحكام العدلية في هذه الناحية ساكتة, فتبقى العبرة لما هو مرجح في المذهب.

أهمية الرأي القائل بأن محل الاستصناع هو العين لا العمل:

إن لهذا الرأي الثاني, وهو المرجح, في الاستثمارات الإسلامية – أثرا واضحا في الوفاء بالالتزامات الصناعية, وذلك بتوسيع إمكانية الوفاء ولا سيما في عصرنا الذي أصبحت فيه الصناعات جميعا – حتى فيما أعتيد عمله يدويا من الأشياء البسيطة – تتم بواسطة المعامل الآلية التي تنتج منه الكميات الهائلة من السلع المتماثلة, حتى أن كثير من السلع التي كانت في الماضي تعتبر من الأموال القيمية لاختلاف بين أفرادها التي تصنع بالأيدي, قد أصبحت أموالا مثلية وأخذت أحكام المثليات, لأ ا تنتجها آلات في المعامل بالآلاف أو الملايين, وكلها متماثلة لا يلحظ فرق بين واحدة وأخرى.

فقد يكون المعمل البائع في عقد الاستصناع لدية من السلعة المطلوبة في العقد الجديد أعداد متراكمة من صنع سابق, فيستطيع أن يفي بالتزامه بما عنده منها دون أن يصنع غيره ويتركها مركومة, كما أنه قد يكون لديه صفقة أخرى مستعجلة أهم لدية من الصفقة الجديدة, فيستطيع أن يشتري مما عنده غيره ما هو موافق المطلوب منه, ويوفي به التزامه.

وهذا نجد أن الرأي الثاني أكثر عونا على تحريك دولاب التجارة والصناعة في ظل الصناعة الآلية اليوم.

ا الات الجديدة لعقد الاستصناع:

سبق أن أشرنا إلى ا الات والآفاق الجديدة التي امتد إليها عقد الاستصناع.

والآن نقوم بعرض لبعض هذه ا الات لمد البصر إلى المدى الواسع الذي مكن أن يخدم فيه عقد الاستصناع الاستثمارات بطريق إسلامي سليم:

- عرفنا مما سبق أن عقد الاستصناع لا يجري في المنتوجات الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالبقول والفواكه واللحوم الطازجة واللبن والقمح وسائر الحبوب الخ .... فهذه السلع الطبيعية طريق بيع غير الموجود منها وقت العقد إ ا هو السليم. فلا يجري الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة كالأمثلة السابقة البيان.

واليوم قد وجدت صناعة التعليب لهذه المنتوجات الطبيعية وصناعة تجميدها أيضا لتحفظ معلبة أو مجمدة مثلجة في علب أو أكياس من البلاستيك. فهل تنتقل بذلك من زمرة المنتوجات الطبيعية إلى زمرة المصنعات, فيصبح فيها عقد الاستصناع, ويجوز التعاقد

مع معمل التعليب على أن يقوم بتعليب الكميات المطلوبة من كل نوع بمواصفات معينة؟ ..

لاشك في كون الجواب إيجابيا, لأ ا انتقلت ذا العمل الصناعي إلى زمرة المصنعات. ويدخل في ذلك الأسماك واللحوم والخضروات وسواها.

- بطريق الاستصناع يمكن إقامة المباني على أرض مملوكة للمستصنع بعقد مقاولة: فإذا كان عقد المقاولة يقوم على أساس أن المقاول هو الذي يأتي بمواد البناء ويتحمل جميع تكاليفه ويسلمه جاهزا (على المفتاح) فهذا يمكن أن يعتبر استصناعا. وإن ا لة في المادة /388/ سمت استصناع السلاح مع معمل أسلحة: مقاولة.

ويشهد لما قلنا أن فقهاء الحنفية مجمعون على عد البناء وحده, وهو قائم على أرضه من المنقولات, وليس من العقار يأخذ حكم المنقولات إذا كان البناء لواحد والأرض لآخر. ففي هذه الحالة لا يجيزون وقف البناء وحده دون الأرض وإنما يجيزون وقفه مع الأرض تبعا لها, إذ يشترط عندهم في المال الموقوف أن يكون عقارا, فلا يصح عندهم وقف المنقولات وحدها إلا في حالات استثنائية عند جريان العرف بوقفها للحاجة العامة كأدوات نقل الموتى والمصاحف والكتب.

وبطريق الأولوية – أيضاً – يمكن اليوم استصناع المباني الجاهزة على أرض مملوكة للصانع المقاول نفسه, كما يفعل اليوم تجار البناء إذ يشترون قطع الأراضي المناسبة, وينشئون عليها بيتوا للسكنى ويبيعو ا جاهزة. فهذا بيع وشاء عادي للعقار المبنى. فإذا عرضوا الأرض (المقسمة إلى قطع مفرزة كل قطعة تصلح لأجل بيت) لمن يختار شراء قطعة منها ليبني له صاحبها تاجر البناء عليها البيت الذي يريد بالتقاسيم والأوصاف والكسوة التي يطلبها, ويسلمه إياه جاهزا بالثمن الذي يتفقان عليه, فذلك استصناع واضح.

وبطريق الأولوية – أيضا – يمكن اليوم استصناع البيوت المتنقلة الجاهزة التي يمكن نقلها من أرض إلى أرض, مما لا يكن من الممكن تصوره في الماضي.

وهكذا نجد أن عقد الاستصناع قد دخل ويمكن أن يدخل في مجالات لا حدود لها في عصرنا الصناعي هذا, ويستفاد من استقلاله عن السلم والاجارة وشروطها في الاستثمار الإسلامي على نطاق واسع.

ملاحـظـ ـة:

بقيت نقطة ينبغي التعرض لها في هذا البحث قد ترد إلى الذهن , وهي أن الحنفية الذين انفردوا بإعطاء الاستصناع هذه المكانة بين العقود, وأعتبروه نوعا مستقلا من البيوع غير داخل في الإجازة ولا في السلم, يعتبرونه هم أنفسهم استثناء من عدم جواز بيع المعدوم الذي هو الأصل لنهي النبي – صلى الله عليه وسلم – عنه. وسند هذا الاستثناء الاستحساني هو الإجماع العملي المستمر للحاجة إليه, حيث تعارفه الناس في أشيائهم الخاصة التي يوصون بعض الصناع على صنعها لهم بالصورة التي تلائمهم, كما سلف بيانه.

ومن ثم كان من المقرر عند الحنفية بلا خلاف أن الاستصناع إنما يجوز في الأشياء التي تعورف فيها, لأن العرف دليل الحاجة التي هي سبب الاستثناء, كما في استصناع الخف والثوب وبعض الآنية, ونحو ذلك من الأشياء الشخصية أو الم لية الخاصة. وفيما سوى المتعارف استصناعه لا يصح الاستصناع تمسكا بالأصل, وهو عدم جواز بيع المعدوم. فكيف يفتح أمام الاستصناع هذا الباب الواسع في كل ما تدخله الصنعة؟ هذا التوسيع مخالف للمذاهب الأربعة جميعا: فهو مخالف للثلاثة التي لم تجزه من الأصل إلا إذا توافرت فيه شرائط السلم, وفي طليعتها تعجيل الثمن, ومخالف للحنفية أنفسهم الذين أجازوه مستقلا عن السلم ودون شرط تعجيل الثمن لكنهم قيدوه بالمتعارف.

هذه ملاحظة واردة بالنظر الفقهي وتحتاج إلى جواب.

ويبدو لنا في الجواب أن تنوع الحاجات, والصناعات, واختلاف الأشكال والأوصاف والخصائص في أصناف النوع الواحد إلى درجة كبيرة مما تفتقت عنه أذهان المخترعين في عصر الانفجار الصناعي هذا, قد أدى إلى أن يصبح طريق الاستصناع متعارفا عليه في كل ما يصنع بوجه عام.

- فلو أخذنا المثال الذي أوردته أول مادة من فصل الاستصناع في ا لة /388/ ولها: ((كذلك لو تقاول مع صاحب معمل على أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا, وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة, وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع)). وذلك منذ عام 1283هـ (تاريخ البدء بتأليف ا لة أي قبل قرن كامل وربع القرن من الآن- لو أخذنا هذا المثال لرأينا أن البندقيات في ذلك التاريخ كانت تقريباً على شكل واحد وبخصائص واحدة, وإنما تختلف بحسب الجهة التي ستستعمل فيها, فبندقية الصيد غير البندقية الحربية وهكذا.

فكم أصبح اليوم عدد أصناف البندقية, سواء بندقية الصيد أو البندقية الحربية, وكم تعددت خصائص كل نوع..؟

- ولو أخذنا ا هر الطبي مثلا الذي كان في ذلك التاريخ شكلا واحدا وقوة تكبيرية واحدة أو متقاربة, فكم صنفا أصبح اليوم بالابتكارات الجديدة فيه التي وصلت في ا هر الإلكتروني إلى قوة تكبير تبلغ أربعمائة ضعف؟ ويرى مثل هذا التطور في أصناف المصنوعات من النوع الواحد واختلاف خصائصها لدرجة مذهلة, حتى بيوت السكنى الحديثة وما دخلها من مرافق وتجهيزات بالنسبة للبيوت القديمة قبل قرن واحد.

فمن ثم أصبح هناك, بطريق التدرج, حاجة عامة جعلت الناس يتعارفون الاستصناع في كل المصنوعات مهما اختلفت أنواعها, فأصبح شرط العرف متوافرا بوجه عام. فتبقى المنتوجات الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالقمح والشعير والبطيخ, هي التي لا طريق لبيع ما سوف ينتج منها إلا عقد السلم بشروطه.

لكني أرى في هذا الاعتبار (اعتبار أن العرف قد أصبح في هذا العصر متوافرا في استصناع جميع الأشياء بوجه عام) أنه لا بد معه من شروط أن تكون الأشياء المطلوبة صنعها سوف تحدث الصنعة فيها تغييرا في بعض خصائصها, وأن تضيف إليها قيمة إضافية بنسبة مرموقة, وأن يكون استصناعها مطلوبا فيه مواصفات خاصة تميزها عن الموجود في السوق المعروض لكل الناس. وذلك لكي تظهر الحاجة إلى استثنائه من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم. فلا يجوز أن يكون قعد الاستصناع واردا على أشياء من النماذج التقليدية النمطية المتوافرة عادة في الأسواق (مما يسمى اليوم في اللغة الأجنبية: ستاندارد), وإلا لأصبحت هذه القاعدة الشرعية الثابتة بالحديث النبوي الصحيح شبه معطلة.

المحور الثالث

مسؤولية الصانع البائع عن عيوب المبيع
في الاستصناع وحكم اشتراطه عدم مسؤوليته عنها

تمهيد ضروري:

بما أن الاستصناع هو نوع من المبيع, فإنه يخضع مبدئيا لأحكام البيع, سوى بعض استثناءات تقتضيها طبيعته وغايته التي قضت باعتباره نوعا خاصا من البيع يتميز ببعض أحكام استثنائية, كما يتميز بعض أنواع أخرى من البيع ببعض أحكام تخصها, مثل عقد المصارفة بين أنواع النقود, وعقد المقايضة بين السلع العينية, وبيع السلم, فكل هذه الأنواع هي أنواع من البيوع تخضع مبدئيا لأحكام البيع العامة لكنها تتميز ببعض أحكام استثنائية مقررة في الفقة تستدعيها طبيعتها وغايتها.

إن التزام البائع بضمان العيب دون حاجة اشتراط هذا الضمان في صلب العقد هو محل إجماع بلا خوف بين فقهاء الشريعة وعلماء القانون الوضعي, لأنه معدود من الالتزامات الأصلية لعقد البيع.

وإن إعفاء البائع من هذا الضمان يحتاج إلى اشتراط في صلب العقد. وهذا الاشتراط يخضع لقاعدة المشارطات التعاقدية في نظرية العقد العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وإن قاعدة المشارطات التعاقدية في نظرية العقد العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وإن قاعدة المشارطات التعاقدية هذه ترتكز على أساسين اثنين تجب مراعا ا معا, وهما:

- احترام الإرادة العقدية المعبر عنه بمبدأ : سلطان الإرادة.
- صيانة النظام العام بمفهومه المرن الواسع الذي يدخل فيه حماية الأمن والأخلاق والآداب العامة واستقرار المعاملات, والنصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وبناء على هذين الأساسيين كان من المقرر الثابت فقها وقانونا:
أن كل شرط يشترطه العاقدان, في أي عقد كان, إذا كان مجرد تصرف في حدود حقوقهما المشروعة, وبحسن نية – هو مقبول صحيح وملزم للطرفين احتراما لسلطان الإرادة العقدية.

وكل اشتراط يمس النظام العام فيخدشة في أحد جوانبه فهو باطل, ولو اتفق عليه الطرفان, لأن حماية النظام العام من حق المجتمع في الأمن والاستقرار, وحماية الحقوق المشروعة والآداب العامة, ومنع الغش والاحتيال والفساد, وضمان الحريات في حدودها الشرعية... إلى آخر القائمة.

وهذه من بديهيات فقه الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ومسلما تهما, ولا يحتاج إلى إيراد النصوص التي تؤيده.
ففي ضوء الأساس الأول (سلطان الإرادة العقدية) قرر فقهاء المذهب الحنفي جواز اشتراط عدم مسئولية البائع عما يكون في المبيع من العيوب كليا أو جزئيا, (في البيع العادي), لأن ضمان العيب هو حق شخصي للمشتري على البائع, فيحق له إعفاؤه منه بمحض إرادته الحرة. هذا ما استقر عليه العمل والقضاء, في المذهب الحنفي.

لكن كثيرا من فقهاء المذاهب الأخرى لم يقبلوا في البيع العادي بوجه عام عدم مسؤولية البائع عن عيب المبيع ولو اشترط في العقد براءته منها, فقرروا أن البائع مسؤول عن العيب بحكم الشرع, فلا يصح اشتراط البراءة منه (كما سنبينه قريبا).

وفي ضوء هذا الأساس الثاني (صيانة النظام العام) قرر جمهور فقهاء المذاهب أن البائع إذا اشترط براءته من المسئولية عن عيوب المبيع وكان هذا الاشتراط مدلسا لعيب (أي يعرفه في المبيع وكتمه), فشرطه هذا باطل, لأنه يحمي الفساد والغش اللذين ترفضهما المقاصد العامة للشريعة الإسلامية, كما يرفضها مبدأ احترام النظام العام والأخلاق في النظر القانوني.

خلاصة مذاهب فقهاء الشريعة في اشتراط عدم مسؤولية البائع عن عيوب المبيع:

إن غير الحنفية لهم آراء مختلفة ألخصها فيما يلي:

(أ) لا يبرأ البائع من مسؤوليته عن عيوب المبيع, ولو اشترط براءته منها إلا إذا سمي عيبا معينا في المبيع وشرط البراءة منه (أي باعه بعيبه الذي سمها) فحينئذ يبرأ من هذا العيب فقط دون سواه. وهذا مذهب الإمامين: ابن أبي ليلى, وسفيان الثوري من أئمة الفقة المعاصرين لأبي حنيفة.

(ب) لا يبرأ البائع من المسؤولية عن عيوب المبيع ولو سمى عيبا معينا في المبيع وتبرأ منه, إلا إذا عاين المشتري العيب المذكور, وهذا مذهب القاضي شريح (قاضي الخليفة الثاني عمر بن الخطاب), وعطاء بن أبي رباح, وفقهاء آخرين من الأئمة.

(ت) لا يبرأ البائع من مسئوليته عن عيب المبيع, ولو شرط البراءة من العيوب إلا إذا كن عيبا باطنيا (خفيا غير ظاهر) في الحيوانات بخاصة, دون غيرها من المبيعات, لأن الحيوانات قد تكون فيها أمراض باطنية تصعب معرفتها فللبائع عذره في شرط البراءة. وهذا مذهب المالكية والشافعية.

(ث) أن البائع لا يبرأ من المسئولية عن عيوب المبيع ول وشرط البراءة منها, إلا إذا كان البائع هو القاضي أي صاحب السلطة إذا باع أموال الغنائم الحربية, أو أموال المفلسين أو الأموات, لقضاء ديو م وهذا رأي لفقهاء آخرين.

(ج) أن اشتراط البائع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع يبطل به عقد المبيع من أصله (بطلانا مطلقا) لأنه شرط مخالف لمقتضى الشرع, وهذا رأي في المذهب الشافعي.

هذا ويبدو لي أن وجه نظر أصحاب هذا الرأي ترتكز على فكرة أنه – رغم قبول المشتري بشرط براءة البائع من المسئولية عن عيوب قد تظهر في المبيع – فان المشتري لم يدفع الثمن كاملا إلا بتقديره أن المبيع سليم من العيوب. وأن العيوب التي يمكن أن تظهر في المبيع بقيت مجهولة للمشتري, ولم تبين في العقد ليكون رضا المشتري بعدم مسؤولية البائع عنها صحيحا معتبرا. فكانت جهالة العيوب مانعة من صحة الرضا ا.

يدل على ذلك أن الإجماع منعقد (بلا خلاف يعرف) على أن البائع إذا صرح للمشتري عن عيب معين في المبيع, فاشتراه راضيا به, فالبائع غير مسئول والبيع صحيح. وكذلك لو كان المشتري عالما قبل الشراء بوجد عيب معين في المبيع, واشتراه مع علمه هذا, فإن العقد صحيح بالإجماع والبائع بريء غير مسؤول.

يظهر مما تقد بيانه أن جمهور فقهاء الأئمة في الشريعة الإسلامية لا يجيزون اشتراط البائع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع بصورة مطلقة (بل في حالات محدودة فقط) ويعتبرون هذا الاشتراط منافيا لمقتضى العقد, لأن المشتري لم يدفع الثمن إلا على أساس سلامة المبيع من العيوب, لأن العيب الذي يظهر في المبيع يعتبر كجزء منتقص منه قد دفع المشتري ثمنه, فهذا الاشتراط يخل بالعدل والتوازن بين العاقدين. (انظر الموسوعة الفقهية – المحل السابق).

وهذا كله فيما إذا اشترط البائع عدم مسؤوليته عن عيب المبيع, وهو – البائع – حسن النية, وذلك بأن باع الشيء وهو لا يعلم فيه عيبا, ويريد أن يبيعه كما شاتراه دون أن يتعرف لمشكلات. أما إذا كان سيئ النية بأن كان يعلم فيه بعض العيوب وكتمه عن المشتري, واشترط عليه عدم مسئوليته عما قد يظهر فيه من عيوب (وهي حالة تدليس العيب) لكي يقطع على المشتري طريق الرجوع عليه, فهذا ينقل المسألة من أفقها الطبيعي إلى أفق آخر هو التدليس, فتبقى مسؤوليته عن عيوب المبيع قائمة رغم الاشتراط, عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ومذاهبها, وعند علماء القانون الوضعي أيضا, لأن للعاقد الحق في أن يفترض حسن النية في العاقد الآخر, كما أن منع التدليس في العقود هو من النظام العام فكل شرط يحمي العاقد المدلس من المسئولية يقع باطلا, لأن يحمي سوء النية, فيكون مخالفا للنظام العام. ولا يخالف في بطلان هذا الاشتراط الذي يصلح أن يحتمي به البائع السيئ النية ضد مسئوليته عن تدليس عيب المبيع – بطلان هذا الشرط هو الذي قضى به الخليفة الثالث عثمان أبن عفان (رضي الله عنه) وأخذ به جمهور فقهاء المذاهب.

أن ما تقدم بيانه عن صحة أو عدم صحة اشتراط البائع براءته من ضمان عيوب المبيع إنما هو في حالات البيع العادي (المطلق), أي الذي يبيع فيه البائع شيئا ليس هو الذي سيصنعه, وإنما اشتراه جاهزا كغيره من التجار, ويريد أن يبيعه كما اشتراه دون أن يتعرض لمسئوليات تجاه من يبيع إياه.

أما إذا كان البيع ليس بيعا عاديا بهذه الصورة العامة, ولكن إنما جرى بطريق الاستصناع الذي سبق إيضاح معناه, فإن الأمر عندئذ ينتقل من نطاق إلى نطاق آخر مختلف في الاعتبار الفقهي, فيما يرى.

وقد سبق أن أوضحنا أن الاستصناع هو نوع خاص من أنواع البيع, وأن تلك الأنواع المتعددة للبيع قد أعطى بعضها أحكاما خاصة به استثنائية من قواعد البيع العامة, بسبب بعض خصائص فيه, وأن الاستصناع كذلك قد اعتبر من أصله استثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم قبل وجوده فعلا في الشريعة الإسلامية, كما أعطي الاستصناع بعض أحكام استثنائية أخرى تقتضيها طبيعته.

ونقول الآن: إن الفقهاء لم ينصوا نصا خاصا على حكم اشتراط البائع الصانع, في عقد الاستصناع, عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه هو, أو تحديد مسؤولية بحد معين يكون سقفا لها لا تتجاوزه, بقصد أن يتفادى ويتخلص من المسؤولية التي يحمله إياها نظام التعاقد وطبيعة العقد, أو بقصد التخفيف منها. ولكنهم (الفقهاء) نصوا في عقد الاستصناع على حكم ما لو جاء المصنوع مخالفا للمواصفات المشروطة في العقد, لأن هذا هو الذي يكثر وقوعه, فقرروا في هذه الحالة مسؤولية البائع الصانع إذا جاء المصنوع مخالفا للوصف المشروط في عقد الاستصناع.

والفرق بين العيب ومخالفة الوصف المشروط: أن مخالفة الوصف المشروط لا تكون عيبا في جميع الحالات, كما لو كان الوصف المشروط من المشتري هو اللون الأصفر مثلا فجاء المبيع بلون أحمر, وكلا اللونين له رغابه, فلا يعتبر عيبا, لكن المشتري يريد الأصفر. أما العيب فهو عيب في نظر جميع الناس يخل بالغاية المقصودة من المبيع بالنسبة إلى طبيعته وينقص من قيمته في السوق عادة. فمخالفة الوصف المشروط أعم من حالة العيب, فإنها تشمل ما لو كانت المخالفة تجعل المبيع معيبا غير سليم, كما تشمل ما ليس عيبا ولكنه مخالف للوصف المشروط فقط, بل قد يجعل المبيع المخالف أغلى ثمنا, لكنه غير مطلوب المشتري.

رأيي في هذا الموضوع:

وإني أرى أن اشتراط البائع في عقد الاستصناع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه, أو اشتراطه تحديد هذه المسئولية, لا يصح مطلقا, بل يكون شرطا باطلا ويبقى البائع الصانع مسئولا مسئولية كاملة عن كل عيب يوجد في المبيع الذي سيصنعه, وإن كان هذا الاشتراط في البيع العادي مقبولا, (مع الاختلاف في صحته وعدمها بحسب التفصيل الذي قدمنا بيانه).

ذلك لأن عقد الاستصناع هو نوع خاص من البيع قد أعطاه الفقهاء بعض أحكام استثنائية بحسب طبيعته كما تقدم بيانه.

فمن جملة الأحكام الاستثنائية, التي يجب في رأيي أن تقرر في عقد الاستصناع: أن لا يصح فيه اشتراط البائع الصناع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه, ولا تحديد مسئوليته عنها, لأن هذا الشرط في عقد الاستصناع بخاصة, يحمي سوء النية من البائع الصانع, ويفسح له مجالا لعدم المبالاة بإتقان عمله, والتزام الدقة التقانية (التكنولوجية) فيه كما يقتضية العقد, وهذا ينعكس ضررا بالغا جدا على المشتري الذي بنى عقده على الثقة بالمتعاقد معه, ولم يقبل بأداء الثمن الذي قد يكون باهظا جدا إلا على أساس تلك الثقة وافتراض حسن النية, وعدم الإهمال, التزام الدقة التقانية التامة من الصانع البائع.

وهذا الاستثناء في عقد الاستصناع من جواز اشتراط عدم مسئولية البائع عن عيوب المبيع سببه واضح جدا ومعقول جدا, لأن المبيع في الاستصناع معدوم حيث العقد وسيصنعه البائع نفسه. فكيف يعقل أن يشترط براءته وعدم مسئوليته عن العيوب التي قد تظهر فيه دون أن يكون قصده من هذا الشرط حماية نفسه من مسئولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعته التي يمارسها والتي تعاقد على أساس أن متقن لها؟.

وكل ذلك إنما هو المسؤول عنه وليس المشتري الذي بنى عقده على حسن النية والثقة فإذا اشترط البائع الصانع عدم مسئوليته عن شيء من ذلك مستغلا ثقة المشتري المستصنع, فهذا الاشتراط يوحي بسوء نيته فوجب بطلانه.

فمن المبادئ التي لا تقبل الجدل في نظام التعاقد في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي كذلك أن كل شرط من شأنه أن يحمي سوء النية لدى المتعاقد الآخر يعتبر باطلا, ولا يستفيد من شرطه شيئا, حفاظا على مبدأ وجوب الثقة والأمانة واستقرار

المعاملات وحسن النية فيها: أي أن مثل هذا الشرط مخالف للنظام العام الذي هو قدي يفرضه التشريع على سلطان الإرادة العقدية.

وقد رأينا في عرضنا السابق لآراء فقهاء الشريعة حول اشتراط البائع في البيع العادي براءته من عيوب المبيع أن جمهور الفقهاء قد قرروا بطلان هذا الشرط إذا كان البائع مدلسا لعيب في المبيع (أي عالما به فكتمه) واشترط براءته من المسئولية عن العيوب ليحمي نفسه, مع سوء نيته فوجب رد قصده السيئ عليه وبقاؤه مسئولا عن العيب, وأن معظم المذاهب (غير الحنفية) لا يجيزون اشتراط البائع عدم مسئوليته عن العيب المبيع ولو لم يكن مدلسا, إلا في حالات وحدود ضيقة.

هذا, وإن سكوت فقهاء الشريعة والقانون الوضعي وعدم نصهم على بطلان هذا الاشتراط من البائع في عقد الاستصناع بخاصة - لا يستلزم أن يكون هذا الشرط المقبول في البيع العادي(على اختلاف فيه) مقبولا في عقد الاستصناع, بل إن سكوت الفقهاء والقانون عن ذلك في الاستصناع يوجب حينئذ أن يقرر فيه, بطريق الاجتهاد الحكم العادل المناسب في ضوء القواعد العامة وطبيعة العقد, وغرض العاقدين ومقاصد الشريعة ومبادئ النظام العام. وكل هذه الأسس التي يستند إليها الاجتهاد توجب بطلان هذا الاشتراط من البائع الصانع في عقد الاستصناع, لأنه كما سبق بيانه يحمي سوء النية ويشجع على التدليس ويضر العاقد الآخر الحسن النية ضررا بالغا, فيكون بذلك مخالفا للنظام العام (في الاصطلاح القانوني) ومخالفا للمقاصد الشرعية (في الاصطلاح الإسلامي).

لماذا سكت الفقهاء عن بطلان اشتراط البراءة من العيوب في عقد الاستصناع:

إن هذا السكوت من الفقهاء عن بطلان الاشتراط في عقد الاستصناع سببه حتما أن مثل هذا الاشتراط لم يكن يقع قديما في عقود الاستصناع, لأنه ليس من المعقول إذ ذاك اشتراطه إذ لم يكن الاستصناع متعارفا قديما إلا في الحاجات الشخصية كالحذاء والخاتم الذي يختم به.

ذلك لأن الصانع يبيع شيئا سوف يصنعه هو بحسب الطلب, إذا اشترط على المشتري المستصنع عدم مسئوليته عن العيوب التي تظهر فيه, فإن اشتراطه هذا يوحي

بسوء نيته منذ التعاقد, وأنه لن يتحرى في عمله المطلوب منه من الأمانة والدقة والإتقان فيريد بهذا الاشتراط أن يحمي نفسه ويتهرب من مسئوليته عن التقصير أو الإهمال في إتقان العمل.

فلهذا السبب لم يكن هذا الاشتراط يقع في عقود الاستصناع. هذا تفسير سكوت فقهائنا السابقين عن بطلان اشتراط الصانع البائع عدم مسئوليته عن العيوب التي قد تظهر في المبيع الذي سيصنعه هو لطالبه أي أن هذا الشرط لم يكن يقع لأنه غير معقول.

أما في عصرنا هذا فقد أصبح الاستصناع بتعاقد فيه مع شركات المصانع والمعامل العظيمة على صنع المصنوعات والآليات الحديثة الضخمة الهائلة المعقدة التركيب, كالبواخر والطائرات العملاقة, بل وعلى صنع المعامل الكاملة لإنتاج المصنوعات؟ والتي تكلف الملايين الكثيرة. فإذا وحد فيها عيب أو خلل تقني (تكنولوجي تعطل عملها, وتوقف استثمارها, وكبرت خسار ا, وعظمت مسئولية الصانع عنها.

فلذلك اتجهت بعض شركات الصناعة الكبرى اليوم في عصرنا هذا إلى أن تشترط عدم مسئوليتها أو تحديد مسئوليتها عن العيوب والاختلال فيما ستصنعه لطالبه لأن احتمال ظهور بعض الأخطاء التقانية قد أصبح احتمالا كبيرا فيريدون بهذا الاشتراط التهرب من مسئوليتهم الأصلية عن الغش أو التقصير منهم أو من عمالهم فيجعلون تقصيرهم في إتقان صناعتهم أو في مراقبة عمالهم يقع ضرورة في رأس المشتري المستصنع وهذا منتهى قلة الإنصاف فما ذنب هذا المشتري البرئ حتى يتحمل نتائج تقصير الصانع البائع أو تقصير عماله؟ بل إن ذلك البائع الصانع (الذي قبض ثمن مصنوعة كاملا على أساس الإتقان والسلامة من العيوب المخلة بصلاحية لأداء المنفعة المقصودة منه) هو الأولى والأحق بأن يتحمل تلك المسئولية.

نخلص مما تقدم إلى النتيجة التالية:

أن اشتراط الصانع البائع في عقد الاستصناع عدم مسئوليته عما يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه, هو اشتراط باطل وإن كان هذا الاشتراط في المبيع العادي مقبولا إذا كان البائع حسن النية غير مدلس للعيب.

وأن سكوت الفقهاء في الماضي عن حكم هذا الاشتراط سببه هو أن هذا الاشتراط لم يكن يقع بين المتعاقدين في عقد الاستصناع لأنه غير معقول ويوحي بسوء نية الصانع من البداية.

هذا ولا يعتريني أدني شك في أن الفقهاء الأولين الذين قرروا ورتبوا أحكام عقد الاستصناع, وأعطوه بعض الاستثناءات من أحكام عقد البيع العامة, لوجدوا في زمننا هذا تطور فيه عقد الاستصناع, وامتد إلى مجالات من الصناعة التي لم تكن تخطر في البال إذ ذاك, حيث أصبح يشمل هذه المصنوعات الهائلة التي تحتاج إلى أنواع من العلوم الحديثة وإلى مزيد من الدقة والتقانة (التكنولوجيا), ويبذل فيها المشتري المستصنع أثمانا بالملايين الكثيرة لقاء حسن صنعها وحسن أدائها لوظيفتها- أقول لو وجد فقهاؤنا الأولون في هذا العصر لما ترددوا لحظة في إعلان أن اشتراط الصناع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع يقع باطلا.

هل لرأينا هذا سوابق فقهية تشهد له وتؤيده؟

لتوضيح هذا التساؤل أقول: قد بينت في سبق اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز أن يشترط البائع عدم مسئوليته عما قد يظهر في المبيع من عيوب في البيع العادي.

وبرغم أن معظم المذاهب لا تجيز هذا الشرط إلا في بعض أنواع المبيعات أو في حالات خاصة, وبعضهم يحكم ببطلان عقد البيع كليا إذا اشترط فيه هذا الشرط, (انظر ما تقدم) – فإني أؤيد رأي القائلين بصحة اشتراط البائع عدم مسئوليته عما قد يظهر في المبيع من عيوب في البيع العادي, (ما لم يكن البائع مدلسا لعيب يعمله وكتمه), وذلك تمشيا مع مبدأ سلطان الإرادة العقدية في حرية الاشتراطات, وحدود اعتبارها.

ولكني بينت أن هذا إنما هو في البيع العادي, أما في الاستصناع فقد قلت: يجب أن لا يصح هذا الاشتراط من البائع الصانع, (استثناء من حكم البيع المطلق العادي) فهل لمثل هذا الاستثناء سابقة فقهية تشهد له, قرر فيها الفقهاء بطريق الاجتهاد في عقد فرعي عكس قاعدة مقررة في العقد الأصلي بسبب ملابسات خاصة في طبيعة العقد الفرعي؟

جواباً على هذا التساؤل أقول: إن هناك في صنيع فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر من سابقة واحدة متشا ة تشهد لمثل هذا الاستثناء, حماية لمقاصد الشريعة العامة من عبث سلطان الإرادة العقدية (أي لحماية النظام العام بلغة القانون الوضعي). وإنني أبين ذلك فيما يلي:-

في عقد الاستصناع نفسه:

قد أسلفنا البيان في أصل البحث أنه: لما بحث فقهاء المذهب الحنفي في عقد الاستصناع, واعتبروه فرعا من البيع يتميز بخصائص توجب استثناءه من بعض قواعد البيع (كما سبقت الإشارة إليه) أثير تساؤل مهم جدا حول قاعدة خيار الرؤية: هل يجري في الاستصناع فيكون فيه للمشتري المستصنع حق فسخ العقد حين يرى الشيء محل العقد بعد تمام صنعه بمقتضى أن له خيار الرؤية المذكور, ولو جاء المصنوع موافقا للأوصاف المحددة له في هذا العقد؟

ذهب إمام المذهب الحنفي (أبو حنفية) إلى إعطاء المشتري في الاستصناع حتى خيار الرؤية: لأن هذا الخيار قاعدة عامة ثابتة للمشتري بنص الحديث النبوي في كل مبيع غائب.

ولكن القاضي أبا يوسف تلميذ الأمام أبي حنيفة خالف أستاذه إمام المذهب الحنفي, وقرر أنه لا يعطى المشتري في عقد الاستصناع حق خيار الرؤية (رغم ثبوت ذلك الحق له في البيع المطلق). ورغم وجاهة رأي أبي يوسف في هذا الاستثناء بقي رأي إمام المذهب الحنفي أبي حنيفة هو المرجع في المذهب للفتوى والقضاء, (عملا بقاعدة هذا الخيار في كل مبيع غائب) إلى حيث صدور مجلة الأحكام العدلية, حيث رجحت لجنة ا لة الأخذ برأي الإمام أبي يوسف بعدم الخيار حينئذ للمستصنع خلافا للرأي الراجح في المذهب واستثناء من القاعدة, وذلك لدفع الضرر عن الصانع البائع فأصبح بمقتضى قواعد المذهب رأي أبي يوسف هو المرجح بالأمر السلطاني المبنى على المصلحة التي قدر ا لجنة ا لة.

في عقد الإجارة (إجارة الأشخاص) الأجير العام:

تمهيد:

يقسم فقهاء الشريعة عقد الإجارة إلى ثلاثة أنواعه بحسب اختلاف جنس المأجور:

1- إجارة الأشياء من عقارات ومنقولات.

2- إجارة الحيوان.

3- إجارة الأنسان (عقد العمل بلغة القانون).

وفي هذا النوع الثالث يؤجر اشخص نفسه لآخر ليعمل له بعض الأعمال لقاء أجر. ويسمى صاحب العمل: مستأجرا, ويسمى الآخر (الذي آجر نفسه للعمل) أجيراً. والأجر يمكن أن يكون محددا بحسب كمية العمل الذي يعمله الأجير, أو بحسب الزمن, كالخادم الذي يؤجر نفسه بأجر يومي, أو أسبوعي أو شهري, ثم يقسمون الأجراء إلى نوعين:

(أ) أجير خاص, وهو الذي يؤجر نفسه ليعمل عند شخص معين دون غيره, كالخادم في م ل والبواب في بناية بأجر شهري مثلاً.

(ب) وأجير عام, وهو من يعمل عملا اختصاصيا لكل من يطلبه منه لقاء أجر محدد للعمل المطلوب, كالخياط الذي يعطيه الناس القطعة من النسيج ليخيطها ثوبا لصاحبها والصباغ الذي يعطيه الناس الخيوط البيضاء أو النسيج ليصبغه بلون معين, وكمصلح الآلات والأجهزة الآلية المختلفة كالساعات ونحوها, ليقوم بإصلاح خلله أو عطلها لقاء أجر يتفق عليه في كل شيء بحسبه. وهذا يسمى أيضا: أجير مشتركا.

بعد هذا التمهيد أقول: من ا مع عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن من كان لديه مال لغيره على سبيل الأمانة والحفظ يسمى: أمينا, ولا يكون ضامنا لذلك المال, أي أن تبعة هلاكه تكون على مالكة لا على الأمين الحافظ له, إلا إذا تعدى هذا الأمين الحافظ على ذلك المال, أو قصر في حفظه عما هو المعتاد هو المعتاد في حفظ مثله.

ومن ا مع عليه أيضا بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الأجير, بصورة مطلقة خاصا كان أو عاما يعتبر مال مستأجره أمانة عنده أي عند الأجير غير ضامن لها (مثل مال صاحب الم ل عند خادمه وقطعة النسيج عند الخياط الذي سيخيطها ثوبا, وكالساعة عند الساعاتي الذي سيصلحها) فإذا هلك مال المستأجر عند أحد هؤلاء الأجراء دون تعد منه عليه ولا تقصير منه في حفظه (كما لو سرق مثلا وهو محفوظ في حرز مثله) فإن تبعة هلاكه تكون على عاتق مالكه, ولا يضمنه الأجير. وهذا معنى قول الفقهاء: أن الأمين غير ضامن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ. وهذا مبدأ ثابت في الفقه الإسلامي بجميع مدارسه المذهبية. وبلغة القانون: أن التزام الأمين بحفظ وسلامة مال الغير الذي في يده (سواء أكان في يده لاستعماله كالعارية والمأجور أو لحفظه فقط كالوديعة), هو التزام بعناية وليس التزاما بغاية.

ثم لما توسعت آفاق الحياة والأعمال والنشاط الاقتصادي والصناعات والمهن في العصور الإسلامية الأولى لاحظ الفقهاء أن الأجراء العامين من ذوي المهن كالصباغين والخياطين وأمثالهم, أصبح يغريهم الطمع فيتقبل أحدهم أعمالا تفوق قدرته, فلا يستطيع إنجازها في المواعيد التي حددت لإنجازها, وكلما لاحقوه يعدهم لموعد آخر ثم لا ينجز وقد تتعرض حاجا م عنده للسرعة أو التلف أو الضياع بطول المدة, فقرر الفقهاء إذ ذاك أن الأجير العام يعتبر ضامنا مسئولا بقيمة أشياء الناس التي سلموه إياها ليعمل لهم فيها بحسب مهنته إذا تلفت بعمله أو بآفة سماوية أو تعيبت أو سرقت ... الخ, لمنعه من أن يستغل صفة كونه أمينا غير ضامن لأموال الناس التي يتقبلها للعمل فيها, فيقبل أكثر من قدرته يؤخر إنجازها لهم ويعرضها للطوارئ وهذا التضمين للأجراء العامين قرره الفقهاء استثناء من قاعدة أن الأجير أمين غير ضامن مع أ ا قاعدة عامة مطردة في كل أموال الأمانات, وتشمل أموال الناس في يد الأجير العام.

وقد نقل عن الخليفة الرابع على بن أبي طالب (رضي الله عنه) في إيجاب تضمينهم رغم أهم أجراء وأن أموال الناس في أيديهم أمانات – قوله: ((لا يصح الناس إلا ذا)).

وهناك سوابق وأمثلة أخرى عديدة من أبواب شتى في الفقة الإسلامي, في الأحوال الشخصية وحقوق الزوجين وفي بعض أحكام الوقف وفي إيجار العقارات وفي غير ذلك قرر فيها الفقهاء والقضاء فتاوى وأقضية استثنائية من القواعد لمنع استغلال بعض القواعد بسوء نية أو لمنع الغش أو التغرير أو لمنع التعسف في استعمال الحق مما لا يتسع المقام لسرده وهو معروف لدى فقهاء الشريعة الراسخين. وكلها سوابق تؤدي وتشهد للرأي الذي بينته في المسألة المعروضة وهو: أن عقد الاستصناع لا يصح فيه اشتراط عدم مسئولية البائع عن العيوب التي قد تظهر في المبيع الذي سيصنعه هو ولا تحديد مسئوليته يبيع فيه البائع شيئا جاهزا ويريد أن يبيعه كما اشتراه, ولم يدلس فيه عيبا عرفه وكتمه عن المشتري كما سبق إيضاحه, ذلك لأن هذا الاشتراط في البيع العادي لا يترتب عليه المحذور الذي يترتب عليه في عقد الاستصناع.

نتيجة عدم جواز هذا الاشتراط بالنسبة للمصارف الإسلامية:

أصبح واضحا بعد كل ما تقد بيانه أن عدم جواز اشتراط الصانع البائع في عقد الاستصناع براءته من عيوب المبيع المطلوب صنعه, أن نتيجة بطلان هذا الاشتراط بالنسبة للمصارف الإسلامية التي تتعاقد استصناعا على صنع أشياء يطلبها العميل المستصنع, هي: أن هذه المصارف يجب أن تتحمل خطر ظهور عيب في المصنوع وتكون هي المسؤولة عنه تجاه عميلها المستصنع, ولو أ ا استصنعت في تنفيذ العقد صانعا ثانويا (من الباطن).

فالمصرف مسئول عن العيب تجاه المستصنع الذي تعاقد معه, والصانع الذي استصنعه المصرف الإسلامي في تنفيذ العقد مسؤول كذلك بالعيب تجاه المصرف.

إن تحمل خطر ظهور عيب في المصنوع هو من اللوازم الشرعية لعقد الاستصناع, ولا ينبغي أن ينظر إليه المصرف الإسلامي كأنما هو عقبة في طريق التنفيذ يحسن الالتفاف من حولها. بل إن هذا الخطر هو من الفروق الجوهرية بين التمويل الربوي والتمويل الإسلامي, تلك الفروق التي يجب الحرص على عدم إخفائها من قبل المصارف الإسلامية.

الخلاصة والنتيجة

بعد كل ما تقدم بيانه, أنتهي إلى الخلاصة والنتيجة التالية:

1- أن عقد الاستصناع هو عقد مستقل, وهو نوع من البيع يتميز بخصائص وملابسات تستلزم بعض استثناءات من أحكام البيع العادي (كغيره من أنواع البيع الخاصة), وليس صورة من صور عقد السلم, فلا يشترط فيه تعجيل الثمن كما يشترط في السلم.

2- أن عقد الاستصناع هو نوع من البيع محلة الشيء المتعاقد على صنعه, في مدة محددة, فالمحل فيه معدون حين العقد يلتزم البائع بصنعه.

3- أن الاستصناع بمقتضى كونه نوعا من البيع يخضع مبدئيا لأحكام البيع العامة لكنه بمقتضى كونه نوعا خاص ذا خصائص توجب له بعض أحكام استثنائية (كغيره من أنواع البيع) فإنه يتميز ببعض أحكام استثنائية من قواعد البيع العادي (المطلق).

4- أن البائع في عقد البيع بجميع أنواعه يعتبر ملتزما بتسليم المبيع صالحا لأداء المنفعة المقصودة منه وخاليا من كل عيب فيه قبل تسليمه إلى المشتري, وأن البائع مسئول بضمان العيب بحكم القانون السائد دون حاجة إلى اشتراط هذه السلامة في العقد, أما تبرؤه من هذه المسئولية عن عيوب المبيع فهذا الذي يحتاج إلى اشتراط العقد.

5- أن البائع إذا اشترط في البيع العادي براءته وعدم مسئوليته عن عيوب المبيع أو تحديد مسئوليته بحد لا تتجاوزه وهو حسن النية (غير مدلس لعيب يعلمه وكتمه) فشرطه هذا صحيح في نظر القانون الوضعي وفي بعض مذاهب الفقه الإسلامي مطلقا وغير صحيح لدى معظم المذاهب الفقهية إلا في حالات خاصة.

6- أن اشتراط البائع الصانع في عقد الاستصناع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه (أو تحديدها) قد سكتت عنه النصوص فيجب أن يعتبر هذا الاشتراط في الاستصناع بخاصة باطلا, وأن يبقى البائع الصانع مسئولا تجاه المشتري المستصنع مسئولية كاملة عن عيوب الشيء الذي سيصنعه للمشتري. وأن بطلان هذا الاشتراط في جملة الأحكام الاستثنائية من قواعد البيع العادي, لأن هذا الاشتراط في الاستصناع يحمي سوء نية البائع وفساد الأخلاق, فيكون مخالفا لقواعد النظام العام

الذي هو قيد على سلطان الإرادة العقدية بإجماع القانونيين في عالم القانون الوضعي, ومخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية في نظر فقهائها.

7- **أن سكوت فقهاء الشريعة في القديم وعدم تعرضهم لحكم هذا الاشتراط في عقد الاستصناع مرده إلى أن هذا الاشتراط لم يكن يقع بالفعل في عقود الاستصناع, للأسباب المبينة في هذا البحث. فاليوم حيث تطور الاستصناع فأصبح يشمل الأجهزة والآليات الضخمة والمعامل الكاملة, وأصبح الصانع البائع يشترط هذه البراءة من العيوب ليحمي نفسه من المسئولية عن الأخطاء التقانية (التكنولوجية), وجب أن يعالج ما سكت عنه الفقهاء والقانونيين باجتهاد مناسب يقرر الحل والحكم العادل المتفق مع قواعد العدل والإنصاف وسلطان الإرادة العقدية وقيود النظام العام عليها في القانون وقيود مقاصد الشريعة في الفقة الإسلامي, أي في ضوء هذه الأصول كلها.**

وحصيلة النظر في هذه الأصول كلها توجب بطلان هذا الاشتراط في عقد الاستصناع, إقامة للتوازن القانوني بين العاقدين وحماية لكل منهما من سوء نية الآخر وغشه وإهماله وحماية للأخلاق العامة, كما أوضحته بالتفصيل خلال البحث. والله سبحانه وتعالى أعلم, وهو الموفق للصواب.

المــراجع

1- مجلة الأحكام العدلية, فصل الاستصناع (المواد 392/388).

2- المجلة أيضا, المقدمة ثم كتاب البيوع – فصل خيار العيب (المواد 320 و 336 – 355 وشروحها وخاصة شرح العلامة علي حيدر, وشرح سليم رستم الباز), وفي كتاب الإجارة – إجارة الآدمي ,(م611.612) وشروحهما.

3- المجلة أيضا, المواد (762-768).

4- رد المحتار للعلامة ابن عابدين على الدر المختار, (فقه حنفي) الطبعة البولاقية في كتاب البيوع, مطلب الاستصناع ص/202 وما بعدها, وباب خيار العيب (71/4-99) وباب خيار الرؤية ص / 63-70.

5- درر الأحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو, (فقه حنفي) في كتاب 6 الإجارة بحث تضمين الأجير المشترك على خلاف القاعدة, (337/2).

6- الموسوعة الفقهية. (إصدار وزارة الأوقاف الكويتية, ج3) كلمة: استصناع – الفقرة 8/, (ج20) كلمة خيار العيب- اشتراط البائع براءته من عيوب المبيع, ومذاهب العلماء فيه, (الفقرات /17 و 21-24) وكلمة: خيار الرؤية – الفقرة /1/.

7- كتاب (مالك) للعلامة الشيخ / محمد أبو زهرة – بحث الاستحسان عند المالكية – تضمين الأجير العام استثناء من القواعد – الفقرة /218/.

8- كتاب الخيار وأثرة في العقود (رسالة دكتوراه) د. عبد الستار أبو غدة, (ج2 خيار العيب, ص: 399, وبحث اشتراط البراءة من العيوب (ص 403 و 404).

9- المدخل الفقهي العام لكاتب هذا البحث (ج1 – بحث الاستحسان – الفقرة /18/ وبحث سلطان الإرادة العقدية – الاشتراط الصحيح والفاسد بين المذاهب – الفقرات – 211 – 216, ج 2 ف / 388- 393).

10- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الرحيلي, باب الإجارة, بحث ضمان الأجير العام, استثناء من القواعد (ج4 ص :768 و 775).
11- مصادر الحق في الفقة الإسلامي. للعلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري (ج2 ص/167) وما بعدها.
12- الوسيط شرح القانون المدني المصري الجديد. للسنهوري أيضا (ج1 – الفقرات / 44 و 45 و 441).
13- الوسيط أيضا في عقد البيع . (ج4 – الفقرات / 9و 383 ص : 765-766).